

Univerzitet UNION

Pravni fakultet



DOKTORSKA DISERTACIJA

DERIVATIVNA TUŽBA

Kandidat: Andreja Mihailović

Beograd, maj 2020.

PRAVNI FAKULTET UNIVERZITETA UNION U BEOGRADU

KLJUČNI PODACI O ZAVRŠNOM RADU

Vrsta rada:	Doktorska disertacija
Ime i prezime autora:	Andreja Mihailović
Mentor (titula, ime i prezime, zvanje, institucija)	Prof. dr Zlatko Stefanović, redovni profesor Pravnog fakuleta Univerziteta Union u Beogradu
Naslov rada:	Derivativna tužba
Jezik publikacije (pismo):	Srpski, latinica
Fizički opis rada:	Stranica: 333 Poglavlja: 10 Referenci: 295 Tabela: 4 Grafički prikazi: 3
Naučna oblast:	Kompanijsko pravo
Predmetna odrednica:	Derivativna tužba, akcionarsko društvo, pluralitet konstitutivnih interesa, manjinski akcionari, procesne pretpostavke, kapital cenzua, naknada štete
Izvod (apstrakt ili rezime) na jeziku završnog rada:	<p>Savremeni društveni trenutak odlikuje se dinamičnim rastom globalnog tržišta, novonastalim konkurentskim imperativima, rastućom težnjom za što većom maksimizacijom profita, hiperkomercijalizmom i velikom razuđenošću poslovnog života u kojem dominantnu formu obavljanja privredne djelatnosti preuzimaju društva kapitala, a naročito akcionarska društva.</p> <p>Razlog za takav primat na poslovnoj sceni, u vremenu masovne industrijalizacije i intezivnog ekonomskog rasta, ogleda se u njihovoj ekonomskoj suštini kao podesnog sredstva brze akumulacije velike količine kapitala u cilju stavljanja u poslovnu funkciju, kao i snošenje poslovnog rizika od strane većeg broja učesnika srazmjerno unijetim ulozima.</p>

Refleksija te suštine na pravnu ravan čini da akcionarska društva predstavljaju složen pravni mehanizam statusnih i imovinskih prava, kao dijela obligacionopravnog odnosa između akcionara (vlasnika akcija) i akcionarskog društva (kao izdavaoca akcija), njihove ograničene odgovornosti i specifičnih suvlasničkih odnosa, definisanih članskim pravima. Pored toga, moderna privredna realnost nameće potrebu za ekspertskim znanjima o proizvodnim procesima, distribuciji proizvoda, tržištu sirovina, poreskoj politici, računovodstvenim standardima, kao i nizu srodnih pitanja za čije su rješavanje vlasnici (akcionari), po pravilu, nekompetentni, što rezultira angažovanjem stručnih lica kojima se prepušta vođenje kompanija, a time i odvajanje vlasničke od upravljačke funkcije.

Taj pluralitet konstituenata akcionarskog entiteta pretpostavlja i pluralitet u njemu zastupljenih interesa, budući da iako konvergiraju istom zajedničkom cilju – uspješnom poslovanju društva, ispoljavaju i brojne druge partikularne ciljeve nerijetko različite od interesa društva kao cjeline, što neizbježno vodi učestalim konfliktima njihovih nosilaca.

Na taj način ističu se tri dimenzije višeslojnosti interesa u privrednom društvu, kao izvor potencijalnih sukoba, na relaciji: **akcionari – uprava** (naročito u uslovima disperzovanog vlasništva), kao konflikt interesa između principala i agenta, tj. nalogodavca i nalogoprimca; **većinski - manjinski članovi**, prisutan u klimi koncentrisanog vlasništva, kao opasnost od zloupotrebe principa većinskog odlučivanja (tzv. „tiranije većine“); i **društvo/članovi – ostali nosioci rizika** (povjerioci, poslovni partneri, zaposleni, potrošači, država i lokalna zajednica), široko rasprostranjen u svim društvima, nezavisno od strukture vlasništva.

Imajući u vidu problematizovanje strukture pluraliteta interesa zastupljenih u privrednom društvu i iz nje neizbježno proisteklih konflikata koji nameću potrebu za sveobuhvatnom zaštitom akcionarskih prava, nesumnjivo je da pitanje adekvatne sudske zaštite zahtijeva stalno preispitivanje u cilju povećanja njene efikasnosti. U tom smislu, naučna scena je primarno pozvana da teorijskom analizom pruži kritički osvrt na postojeća i viziju

	<p>budućih legislativnih rješenja, inoviranje implementiranih instituta i kreaciju perspektivnih modela. Taj zadatak je najprioritetniji kada je riječ o institutima visokog potencijala pravne zaštite, a nedovoljne naučne obrade kakav je derivativna tužba. Podsticaj tim zadatkom rezultirao je definisanjem predmeta, tj. centralne teme ove disertacije sadržane u njenom naslovu i nametnute postavkom problema.</p>
<p>Datum odbrane: (Popunjava naknadno odgovarajuća služba)</p>	
<p>Članovi komisije (titula, ime, prezime, zvanje, institucija)</p>	<p>Prof. dr Zlatko Stefanović, redovni profesor Pravnog fakuleta Univerziteta Union u Beogradu – mentor;</p>
<p>Napomena:</p>	

THE UNION UNIVERSITY FACULTY OF LAW

KEW WORD DOCUMENTATION

Document type:	Doctoral disertation
Author:	Andreja Mihailović
Mentor (First name, last name, Academic degree and title institution)	Prof. Zlatko Stefanović, Ph.D.; full professor, Faculty of Law, University Union in Belgrade
Title:	Derivative suit
Language of publication:	Serbian, latin
Physical characteristics of the dissertation:	Pages: 333 Chapters: 10 References: 295 Tabeles: 4 Charts: 3
Scientific field:	Company Law
Key words:	Derivative suit, corporations, joint-stock, plurality of constituent interests, protection of minority shareholders, capital censorship, judicial procedure
Abstract/Resume in English language	<p>The contemporary social moment is characterized by the dynamic growth of the global market, the emerging competitive imperatives, the growing pursuit of maximizing profits, hyper-commercialism and the great diversity of business life, in which the dominant form of business is taken over by joint-stock companies.</p> <p>The reason for such primacy in the business arena, in a time of mass industrialization and intense economic growth, is reflected in their economic essence as a suitable mean of rapid accumulation of large amounts of capital for the purpose of putting into business, as well as to bear business risk by a large number of participants in proportion to the contribution made. The reflection of this essence on the legal level makes the joint stock companies a complex legal mechanism of status and property rights, as part of the</p>

obligation-legal relationship between the shareholders (owners of shares) and the joint-stock company (as the issuer of shares), their limited liability and specific co-ownership relations, defined by the membership rights. In addition, modern economic reality imposes the need for expert knowledge on production processes, product distribution, raw material markets, tax policies, accounting standards, and a number of related issues for which owners (shareholders) are, as a rule, incompetent to solve, resulting in the hiring of professional persons who are left to run the companies and thus separate the ownership from the management function.

This plurality of constituents of a joint-stock entity also presupposes a plurality of interests represented therein, since although they converge to the same common goal - the successful business of the company, they also exhibit many other particular goals that are often different from the interests of the company as a whole, which inevitably leads to frequent conflicts of their holders.

In this way, three dimensions of multi-level interest in a joint-stock company are highlighted, as a source of potential conflicts in the relation: **shareholders - management** (especially in the conditions of dispersed shareholding), as a conflict of interest between principals and agents, ie. the ordering party and the ordering party; **majority shareholder - minority shareholders**, present in a climate of concentrated ownership, as a risk of abuse of the principle of majority decision-making (the so-called "tyranny of the majority"); and **society/shareholders - other risk-carriers** (creditors, business partners, employees, consumers, state and local community), widespread in all companies, regardless of the shareholder structure.

Bearing in mind the problematization of the structure of plurality of interests represented in the company and the inevitable arising conflicts imposed by the need for comprehensive protection of shareholder rights, it is undoubtedly that the issue of adequate judicial protection requires constant review in order to increase its efficiency. In this sense, the scientific scene is primarily invited to provide a critical analysis of the existing and a vision of

	<p>future legislative solutions, the innovation of implemented institutes and the creation of perspective models through theoretical analysis. This task is of the highest priority when it comes to institutes with high potential for legal protection, and insufficient scientific processing such as the derivative lawsuit. The incentive with this task resulted in the definition of the subject, ie. the central theme of this dissertation contained in its title and imposed by the setting of the problem.</p>
<p>Doctoral Thesis defended: (to be filled out by the relevant university body)</p>	
<p>Members of the Thesis board/committee: (First and last name, Academic degree and title, institution)</p>	<p>Prof. dr Zlatko Stefanović, redovni profesor Pravnog fakuleta Univerziteta Union u Beogradu – mentor;</p>
<p>Notes and remarks:</p>	<p>Prof. Zlatko Stefanović, Ph.D.;, full professor, Faculty of Law, University Union in Belgrade - mentor</p>

SADRŽAJ

I UVOD.....	14
1. PREDMET, PRISTUP PROBLEMU I CILJ DISERTACIJE.....	14
2. METODOLOGIJA RADA.....	18
3. ZADACI ISTRAŽIVANJA	19
4. STRUKTURA DISERTACIJE.....	21
5. CILJ DISERTACIJE	22
II PRIVREDNO DRUŠTVO I PLURALITET KONSTITUTIVNIH INTERESA	23
1. IZVOR POTENCIJALNIH TENZIJA NA RELACIJI ČLANOVI – UPRAVA DRUŠTVA	29
2. PRIRODA POSEBNIH DUŽNOSTI PREMA PRIVREDNOM DRUŠTVU	34
3. FIDUCIJARNE DUŽNOSTI U ANGLOSAKSONSKOM PRAVNOM SISTEMU	38
4. FIDUCIJARNE DUŽNOSTI U EVROPSKOKONTINENTALNOM PRAVNOM SISTEMU.....	41
5. KONCEPT FIDUCIJARNIH DUŽNOSTI U NACIONALNOM PRAVU	45
6. DUŽNOST PAŽNJE (“THE DUTY TO <i>ACT IN GOOD FAITH OR BONA FIDE IN THE INTEREST OF THE COMPANY</i> ”) 47	
7. DUŽNOST LOJALNOSTI („ <i>THE DUTY OF LOYALTY</i> “)	53
7.1. DUŽNOST PRIJAVLJIVANJA POSLOVA I RADNJI U KOJIMA POSTOJI LIČNI INTERES	55
7.2. DUŽNOST IZBJEGAVANJA SUKOBA INTERESA.....	60
7.3. DUŽNOST ČUVANJA POSLOVNE TAJNE	62
7.4. DUŽNOST POŠTOVANJA ZABRANE KONKURENCIJE	64
8. NEKA SPORNA PITANJA KONCEPTA POSEBNIH DUŽNOSTI U PRIVREDNOM PRAVU	66

**III POJAM DERIVATIVNE TUŽBE I NJENO RAZGRANIČENJE OD SRODNIH
INSTITUTA.....69**

1. ZNAČAJ POTREBE ZA ZAŠTITOM PRAVA MANJINSKIH AKCIONARA	69
2. INSTRUMENTI SUDSKE ZAŠTITE PRAVA AKCIONARA	74
2.1. INDIVIDUALNA TUŽBA	75
2.2. KOLEKTIVNA TUŽBA (CLASS ACTION, COLLECTIVE ACTION)	77
2.3. DERIVATIVNA TUŽBA	84
3. ISTORIJSKI RAZVOJ DERIVATIVNE TUŽBE	85
4. DOMEN PRIMJENE DERIVATIVNE TUŽBE	91
4.1. MATERIJALNI (OBJEKTIVNI) DOMEN PRIMJENE DERIVATIVNE TUŽBE	92
4.2. PERSONALNI (SUBJEKTIVNI) DOMEN PRIMJENE DERIVATIVNE TUŽBE	97
5. KOMPARATIVNI PRIKAZ DERIVATIVNE I DIREKTNIH TUŽBI	99

IV DERIVATIVNA TUŽBA – TEORIJSKI PRISTUP PROBLEMU.....106

1. DERIVATIVNA TUŽBA U KONTEKSTU TEORIJE PRIRODNOG PRAVA	107
2. TEORIJE O PRAVNOM SUBJEKTIVITETU PRIVREDNOG DRUŠTVA	110
3. DERIVATIVNA TUŽBA I TEORIJE O PRIRODI SUBJEKTIVNOG PRAVA	113
4. PRAVNA PRIRODA DERIVATIVNE TUŽBE	116
5. OSNOVNE KARAKTERISTIKE DERIVATIVNE TUŽBE.....	117
6. CILJ DERIVATIVNE TUŽBE.....	118
7. POZICIONIRANJE DERIVATIVNE TUŽBE KAO PRAVNOG INSTITUTA	119
7.1. DERIVATIVNA TUŽBA KAO KOREKTIVNI MEHANIZAM KORPORATIVNOG UPRAVLJANJA.....	120
7.2. DERIVATIVNA TUŽBA KAO PRAVO MANJINSKIH AKCIONARA	128
7.3. DERIVATIVNA TUŽBA KAO VID PROBIJANJA PRAVNE LIČNOSTI.....	135
7.4. MJESTO I ZNAČAJ DERIVATIVNE TUŽBE U PRAVNOM SISTEMU	137

**V PROCESNOPRAVNI USLOVI (PRETPOSTAVKE) ZA PODNOŠENJE DERIVATIVNE
TUŽBE.....140**

1. PRETHODNI ZAHTJEV KAO PROCESNA PRETPOSTAVKA	140
--	-----

1.1. ODGOVOR UPRAVE DRUŠTVA NA PODNIJETI ZAHTJEV	142
1.2. PARNIČNI ODBOR NEZAVISNIH DIREKTORA.....	144
1.3. SUDSKA REVIZIJA ODGOVORA NA PRETHODNI ZAHTJEV	148
1.4. SUDSKA PROCEDURA U SLUČAJU KRŠENJA FIDUCIJARNIH DUŽNOSTI.....	150
1.5. Odstupanje od obaveze podnošenja prethodnog zahtjeva.....	153
1.6. RAZLIKE U PRAVNOM TRETMANU VRHOVNOG SUDA DELAVERA I AMERIČKOG PRAVNOG INSTITUTA (ALI).....	154
2. AKTIVNA STRANAČKA LEGITIMACIJA.....	160
2.1. USLOV PRAVOVREMENOG POSJEDOVANJA AKCIONARSKOG STATUSA (“ <i>CONTEMPORANEOUS OWNERSHIP REQUIREMENT</i> ”) KAO PREDUSLOV ZA PODNOŠENJE DERIVATIVNE TUŽBE.....	161
2.2. SPORNA PITANJA U POGLEDU AKTIVNE STRANAČKE LEGITIMACIJE.....	164
2.3. ODRŽAVANJE AKTIVNE STRANAČKE LEGITIMACIJE	167
2.4. KAPITAL UČEŠĆE KAO PROCESNA PRETPOSTAVKA	171
2.5. PRINCIP FER I ADEKVATNOG ZASTUPANJA INTERESA OSTALIH AKCIONARA	171
2.6. PITANJE DOSTUPNOSTI POSLOVNIH KNJIGA I DOKUMENATA DRUŠTVA POTENCIJALNIM TUŽIOCIMA U CILJU OBEZBJEĐENJA DOKAZA	173
2.7. OBEZBJEĐENJE TROŠKOVA OD STRANE TUŽIOCA	175
3. PASIVNA STRANAČKA LEGITIMACIJA.....	176
3.1. ČLANOVI DRUŠTVA KOJI POSJEDUJU ZNAČAJNO UČEŠĆE U OSNOVNOM KAPITALU DRUŠTVA I KONTROLNI ČLAN KAO PASIVNO LEGITIMISANI U DERIVATIVNOM POSTUPKU.....	178
3.2. PROCESNA LEGITIMACIJA DIREKTORA U DERIVATIVNOM POSTUPKU	179
3.3. PROMJENE U ODGOVORNOSTI DIREKTORA U UPOREDNOPRAVNOJ REGULATIVI.....	181
3.4. POTREBA ZA PROŠIRENJEM KRUGA LICA PROTIV KOJIH SE MOŽE PODNIJETI DERIVATIVNA TUŽBA	183
3.5. PROCESNA LEGITIMACIJA ČLANOVA NADZORNOG ODBORA.....	184
3.6. PROCESNA LEGITIMACIJA ZASTUPNIKA I PROKURISTA	185
4. ROKOVI DERIVATIVNIH TUŽBI	187
5. MOGUĆNOST KUMULACIJE DERIVATIVNOG I DIREKTOG TUŽBENOG ZAHTJEVA	189
6. VIŠESTRUKA DERIVACIJA	191

VI MNOŽINA SUBJEKATA U POSTUPKU PO DERIVATIVNOJ TUŽBI.....194

1. STUPANJE ČLANA DRUŠTVA U PARNICU.....	194
2. STUPANJE DRUŠTVA U PARNICU	198
2.1. MOGUĆNOST DA DRUŠTVO STUPI U PARNICU NA STRANI TUŽIOCA	199
2.2. MOGUĆNOST DA DRUŠTVO STUPI U PARNICU NA STRANI TUŽENOG	200
2.3. MOGUĆNOST DA DRUŠTVO STUPI U PARNICU SA SAMOSTALNIM ZAHTJEVOM	203

VII OKONČANJE I TROŠKOVI POSTUPKA PO DERIVATIVNOJ TUŽBI.....206

1. USPIJEH TUŽIOCA KAO ISHOD POSTUPKA	207
1.1. DIREKTNNA (<i>PRO RATA</i>) NAKNADA ŠTETE AKCIONARIMA	208
1.2. PITANJE PRIRODE NAKNADE ŠTETE U POSTUPKU PO DERIVATIVNOJ TUŽBI.....	209
2. USPIJEH TUŽENOG KAO ISHOD POSTUPKA.....	210
2.1. ODBACIVANJE TUŽBE	210
2.2. ODUSTANAK OD TUŽBENOG ZAHTJEVA	211
2.3. USPJEŠNA ODBRANA.....	212
3. PORAVNANJE (NAGODBA) KAO ISHOD POSTUPKA	213
3.1. ZAKLJUČENJE PORAVNANJA U DERIVATIVNOM POSTUPKU – ILUSTRACIJA SLUČAJA	215
3.2. KRITERIJUMI O KOJIMA SUD ODLUČUJE PRILIKOM RAZMATRANJA SPORAZUMA O PORAVNANJU 216	
3.3. SUDSKI NADZOR	219
4. TROŠKOVI POSTUPKA	220
4.1. ANALIZA TROŠKOVA I KORISTI DERIVATIVNE TUŽBE (<i>COST - BENEFIT ANALYSIS OF DERIVATIVE SUIT</i>) 222	
4.2. TROŠKOVI U SLUČAJU ZAKLJUČENJA SPORAZUMA O PORAVNANJU.....	225
5. IZVRŠNI POSTUPAK I NAČELO FORMALNOG LEGALITETA	226

VIII ODNOS DERIVATIVNE TUŽBE I STEČAJNOG POSTUPKA.....228

1. UTICAJ STEČAJNOG POSTUPKA NA PRETHODNO ZAPOČETI POSTUPAK PO DERIVATIVNOJ TUŽBI.	230
--	-----

2. POSTOJANJE MOGUĆNOSTI ZA PODNOŠENJE DERIVATIVNE TUŽBE NAKON OTVARANJA STEČAJNOG POSTUPKA **232**

3. STEČAJNI UPRAVNIK KAO PASIVNO LEGITIMISANO LICE U POSTUPKU PO DERIVATIVNOJ TUŽBI. **237**

IX UPOREDNOPRAVNA REGULATIVA I PRAKSA KAO ZAMAJAC RAZVOJA

DERIVATIVNIH TUŽBI..... **242**

1. AKTUELNA ULOGA DERIVATIVNIH TUŽBI..... **242**

2. PREGLED UPOREDNOPRAVNE REGULATIVE **244**

2.1. DERIVATIVNE TUŽBE U ENGLISKOM PRAVU 245

2.2. DERIVATIVNE TUŽBE U PRAVU SAD-A..... 247

2.3. DERIVATIVNE TUŽBE U NJEMAČKOM PRAVU 249

2.4. DERIVATIVNE TUŽBE U JAPANSKOM PRAVU..... 263

3. TENDENCIJE KA DJELIMIČNOM UKIDANJU DERIVATIVNIH TUŽBI..... **265**

3.1. ODBACIVANJE TUŽBI PO KATEGORIZACIJI TUŽILACA 265

3.2. PRAVILO O PRAVOVREMENOM POSJEDOVANJU AKCIJA 265

3.3. DOKTRINA “ČISTIH RUKU” 266

3.4. ODBACIVANJE TUŽBI PO OSNOVU OBEZBJEĐENJA TROŠKOVA..... 267

3.5. ODBACIVANJE TUŽBI PO OSNOVU PRELIMINARNE SUDSKE PROCJENE 268

3.6. ODBACIVANJE TUŽBI PO PRIJEDLOGU PARNIČNOG ODBORA NEZAVISNIH DIREKTORA 269

3.7. PRAKSA SUDOVA U ENGLESKOJ - ODBACIVANJE NA OSNOVU PROCJENE U ODNOSU NA NOMINALNE TUŽIOCE 270

4. TENDENCIJE KA POTPUNOM UKIDANJU DERIVATIVNIH TUŽBI **272**

5. VASKRSNUĆE DERIVATIVNIH TUŽBI **274**

6. PERSPEKTIVA RAZVOJA DERIVATIVNIH TUŽBI **275**

X DERIVATIVNA TUŽBA U SRBIJI I CRNOJ GORI..... **278**

1. DERIVATIVNA TUŽBA KAO PRAVI TRANSPLANT..... **278**

2. NORMATIVNI OKVIR DERIVATIVNE TUŽBE U SRBIJI I CRNOJ GORI..... **288**

3. SUDSKA PRAKSA **291**

4. KRITIKA POSTOJEĆE NACIONALNE REGULATIVE I NEADEKVATNE PRIMJENE INSTITUTA DERIVATIVNE TUŽBE	298
5. PRIJEDLOZI I SMJERNICE ZA RAZVOJ NACIONALNOG PRAVNOG OKVIRA INSTITUTA DERIVATIVNE TUŽBE	301
<u>ZAKLJUČNA RAZMATRANJA</u>	<u>307</u>
<u>LITERATURA:</u>	<u>317</u>

I UVOD

1. Predmet, pristup problemu i cilj disertacije

Savremeni društveni trenutak odlikuje se dinamičnim rastom globalnog tržišta, novonastalim konkurentskim imperativima, rastućom težnjom za što većom maksimizacijom profita, hiperkomercijalizmom i velikom razuđenošću poslovnog života u kojem dominantnu formu obavljanja privredne djelatnosti preuzimaju društva kapitala, a naročito akcionarska društva.

Razlog za takav primat na poslovnoj sceni, u vremenu masovne industrijalizacije i intezivnog ekonomskog rasta, ogleda se u njihovoj ekonomskoj suštini kao podesnog sredstva brze akumulacije velike količine kapitala u cilju stavljanja u poslovnu funkciju, kao i snošenje poslovnog rizika od strane većeg broja učesnika srazmjerno unijetim ulozima. Refleksija te suštine na pravnu ravan čini da akcionarska društva predstavljaju složen pravni mehanizam statusnih i imovinskih prava, kao dijela obligacionopravnog odnosa između akcionara (vlasnika akcija) i akcionarskog društva (kao izdavaoca akcija), njihove ograničene odgovornosti i specifičnih suvlasničkih odnosa, definisanih članskim pravima. Pored toga, moderna privredna realnost nameće potrebu za ekspertskim znanjima o proizvodnim procesima, distribuciji proizvoda, tržištu sirovina, poreskoj politici, računovodstvenim standardima, kao i nizu srodnih pitanja za čije su rješavanje vlasnici (članovi društva), po pravilu, nekompetentni, što rezultira angažovanjem stručnih lica kojima se prepušta vođenje kompanija, a time i odvajanje vlasničke od upravljačke funkcije.

Taj pluralitet konstituenata privrednog društva pretpostavlja i pluralitet u njemu zastupljenih interesa, budući da iako konvergiraju istom zajedničkom cilju – uspješnom poslovanju društva, ispoljavaju i brojne druge partikularne ciljeve nerijetko različite od interesa društva kao cjeline, što neizbježno vodi učestalim konfliktima njihovih nosilaca.

Na taj način ističu se tri dimenzije višeslojnosti interesa u akcionarskom društvu, kao izvor potencijalnih sukoba, na relaciji: **članovi – uprava** (naročito u uslovima disperzovanog vlasništva), kao konflikt interesa između principala i agenta, tj. nalogodavca i nalogoprimca; **većinski - manjinski članovi**, prisutan u klimi koncentrisanog vlasništva, kao opasnost od zloupotrebe principa većinskog odlučivanja (tzv. „tiranije većine“); i **društvo/članovi – ostali nosioci rizika** (povjerioci, poslovni partneri, zaposleni, potrošači, država i lokalna zajednica), široko rasprostranjen u svim društvima, nezavisno od strukture vlasništva.

Imajući u vidu problematizovanje strukture pluraliteta interesa zastupljenih u privrednom društvu i iz nje neizbježno proisteklih konflikata koji nameću potrebu za sveobuhvatnom zaštitom akcionarskih prava, nesumnjivo je da pitanje adekvatne sudske zaštite zahtijeva stalno preispitivanje u cilju povećanja njene efikasnosti. U tom smislu, naučna scena je primarno pozvana da teorijskom analizom pruži kritički osvrt na postojeća i viziju budućih legislativnih rješenja, inoviranje implementiranih instituta i kreaciju perspektivnih modela. Taj zadatak je najprioritetniji kada je riječ o institutima visokog potencijala pravne zaštite, a nedovoljne naučne obrade kakav je derivativna tužba. Podsticaj tim zadatkom rezultirao je definisanjem predmeta, tj. centralne teme ove disertacije sadržane u njenom naslovu i nametnute postavkom problema.

Metodološki posmatrano, formulisanje predmeta istraživanja u neraskidivoj je vezi sa teorijskim okvirima iz kojih se isti može sagledavati, budući da i sam izbor predmeta po svojoj suštini predstavlja teorijski čin. Na taj način, dominantna tendencija ovog rada ogleda se u pružanju jednog šireg teorijskog okvira kojim se nastoji obuhvatiti izabrani predmet u cjelini i omogućiti njegovo sagledavanje iz više različitih konteksta koji determinišu karakteristike postavljenog predmeta, pri čemu će se oni iz kojih proističu krucijalne nedoumice i problemi tretirati sa povećanom pažnjom.

Budući da optiranje određenog konteksta, po pravilu, osvjetljava samo jedan od aspekata predmeta istraživanja, razmatranje predmeta će se sastojati od prethodne analize svakog aspekta ponaosob, a zatim će se putem sinteze dobijenih analitičkih zaključaka pružiti jedna šira i sveobuhvatnija slika svih aspekata koji karakterišu pomenuti predmet i koje ga razlikuju u odnosu na srodne institute, a do kojih se putem istraživanja došlo. To naročito iz razloga što u teoriji ne postoji jedna

univerzalna i opšteprihvaćena definicija derivativne tužbe, jer iako se većina njenih definicija ne razlikuje suštinski, zapažaju se međusobne razlike u odnosu na aspekt koji ističu u prvi plan.

Na taj način, mogu se diferencirati definicije koje u prvi plan podvlače *distinkciju između derivativne i direktnih tužbi*, u prvom redu individualne, akcentujući različitost osnova za njihovo podnošenje. Tako američki sudovi određuju da je: „Derivativna tužba uopšte tužba za naknadu štete korporaciji čiji je meritum šteta nanijeta korporaciji, a ne individualnom interesu akcionara (...) Tužbe koje se podnose u slučaju nanošenja štete neposredno akcionarima su individualne, dok su tužbe protiv direktora u slučaju pronevjere imovine kompanije, nezakonitog izdavanja akcija u cilju očuvanja sopstvenog položaja, proizvoljnog odbijanja ponude za kupovinu akcija društva i generalno vođenja poslova na način koji je doveo do smanjenja vrijednosti akcija, najčešće derivativne“¹. Sa druge strane, određen dio definicija navedenu razliku uspostavlja polazeći od kriterijuma interesa koji se njima štite, navodeći da se direktnim tužbama štite interesi samog tužioca, dok se derivativnom tužbom štite interesi društva kao cjeline. Značaj ovih distinktivnih definicija se prevashodno ogleda u mapiranju međusobnih razlika u pogledu pravnog osnova, karaktera pričinjene povrede, pravne prirode, cilja, procesnih pretpostavki i pravnih efekata koji se njima postižu, kako bi se na pravi način sagledale karakteristike i direktnih i derivativnih tužbi, njihovo mjesto u sistemu sudske zaštite, kao i odredili jasni kriterijumi njihovog razgraničenja.

Drugi tip definicija određuje derivativnu tužbu apostrofirajući njen *procesnopravni aspekt*, najčešće proceduralne pretpostavke za njeno podnošenje. Primjera radi: „Tužba se može smatrati derivativnom onda kada je zasnovana na primarnom pravu korporacije, ali je podnešena od strane člana društva zbog činjenice da korporacija nije, bilo namjerno ili nenamjerno, iskoristila to svoje, primarno pravo.“²; „Tužba je derivativna onda kada se onaj/oni koji je podnose, oslanjaju na uzrok tužbe koji nije neposredno u vezi sa njima, te predstavlja izuzetak od principa da generalno nije moguće utuženje radi dobijanja obeštećenja u ime treće osobe – one koja je štetu pretrpjela. Dakle, derivativnu tužbu podnosi član/članovi zasnivajući je na događaju koji je u vezi sa kompanijom, a

¹ G. P., Williams, E. O., Williford, *Derivative Litigation: Fundamental Concepts and Recent Developments, Review of Developments in Business and Corporate Litigation*, 2005, str. 451.

² C. H., Black, *Black's Law Dictionary*, Minnesota, 1983, str. 230.

ne sa njima neposredno.“³ Iz ovih definicija, evidentan je naglasak na činjenici da derivativnu tužbu podiže član društva u svoje ime, a za račun društva („*actio pro socio*“⁴) u cilju realizacije nekog prava koje pripada samom društvu. Član društva koji podnosi tužbu nastupa kao *guardian ad litem* svog društva, iz čega bi se na prvi pogled, moglo konstatovati da se derivativnom tužbom suspenduje procesnopravna sposobnost društva u konkretnom postupku.⁶ Iako na prvi pogled logički prihvatljiv, takav zaključak bi bio prije svega formalnopravno neodrživ, budući da je pravo člana društva na podnošenje derivativne tužbe izvedeno (derivirano) iz primarnog prava društva da samo podnese tužbu za zaštitu svojih prava, a njegov propust da to uradi je jedna od osnovnih procesnih pretpostavki derivativne tužbe.

U literaturi se mogu naći i definicije koje pojam derivativne tužbe određuju naglašavajući njenu *svrhu*, poput: „Derivativne akcionarske tužbe su pravno sredstvo čiji je cilj da se u ruke svakog akcionara, kao pojedinca, stavi sredstvo koje će mu omogućiti zaštitu interesa korporacije od zloupotreba „nevjernih“ direktora i menadžera.“⁷; „U određenim situacijama član društva može preuzeti određenu radnju kako bi otklonio povredu nanijetu društvu ili kako bi natjerao samo društvo da svoje poslove vodi u skladu sa važećim pravnim pravilima i aktima društva, iako nikakva štetna radnja nije učinjena prema njemu neposredno, pa čak i ako većina ostalih članova

³ R. P., Austin, I. M., Ramsey, *Fords Principles of Corporations Law*, Australia, 2007, str. 674.

⁴ *Actio pro socio* je institut klasičnog rimskog prava ustanovljen u cilju podjele imovine ortakluka. Naime, podnošenjem ove tužbe je prestajao ortakluk zbog iznevjeravanja povjerenja i zbog toga spada u tužbe *bona fide*, te je pratila osuda na infamiju kao posljedica izigravanja odnosa posebnog povjerenja. D. Daube, *Societas as Consensual Contract*, *Cambrige Law Journal*, 1938, str 381.

⁵ „*Guardian ad litem*” (ili „*curator ad litem*”) je termin koji se koristi u zakonodavstvu mnogih zemalja (SAD, Engleska, Škotska, Irska) i odnosi se na situaciju u kojoj se imenuje jedno lice da u postupku zastupa interese drugog lica kada pravni zastupnici nisu u stanju ili ne žele da djeluju.; B. A. Garner, *Black's Law Dictionary*, 2004, Minnesota, str. 586. Iz ovog razloga se u literaturi nerijetko navodi da član društva koji podnosi derivativnu tužbu ima položaj čuvara reda u društvu („*guardian ad litem*“), budući da je njegova uloga ostvarivanje nekog prava koje pripada društvu.

⁶ V., Savković, *Derivativne akcionarske tužbe*, Podgorica, 2004, str. 18.

⁷ K., Kemper, *Financial Services*, Chicago, 1991, str. 7.

društva ne želi bilo šta da preduzima.“⁸ Na osnovu ovih definicija može se izvući zaključak da derivativna tužba predstavlja efikasno sredstvo u cilju suzbijanja jedne izraženo negativne tendencije u razvijenom tržišnom sistemu. Riječ je o tendenciji koja se zasniva na tome da bi složeni poslovni procesi i visoko profesionalizovana upravljačka elita koja ih realizuje, upravo zahvaljujući tako visokom stepenu složenosti savremenog poslovanja, sve više izmiču kontroli od strane vlasnika kapitala (uglavnom laika), ali i kontroli od strane države koja sve teže prati komplikovane tokove novca (kapitala) koji predstavlja poreku osnovicu.⁹ Naravno da u pogledu donošenja poslovnih odluka, uprava društva je primarno pozvana da štiti interese privrednog društva prema kojem i ima fiducijarne dužnosti, ali bez adekvatne zaštite interesa vlasnika kapitala razvoj samog društva, kao i privrede u cjelini bi bio teško zamisliv.

2. Metodologija rada

Metodologija rada zasnovana je prvenstveno na teorijskoj razradi predmeta proučavanja putem definisanja osnovnih pojmova kojim je predmet determinisan, sveobuhvatnog prikaza teorijskih stavova, sadržaja propisa relevantnih za ovu materiju, kao i kvalitativnu obradu sudske prakse, koja, imajući u vidu da se radi o izvornom institutu anglosaksonskog prava, u velikoj mjeri definiše njegov evolutivni tok. Prirodom predmeta istraživanja determinisan je *analitički metod* kao dominantan, budući da, kako je unaprijed istaknuto, složenost i višedimenzionalnost derivativne tužbe zahtijeva tretman od strane više analitičkih tehnika, čiji je zadatak identifikacija svojstava koja su imanentna isključivo institutu derivativne tužbe i njegova diferencijacija od drugih srodnih instituta kojima pravni sistem štiti prava članova društva. Uz analitički, ukazuje se i potreba za primjenom širokog spektra drugih metoda:

- *normativno-dogmatskog metoda* u cilju obrade zakonskog i podzakonskog materijala i relevantnih međunarodnih akata;

⁸ R. R., Pennington, *Company law*, London, Dublin and Edinburgh, 1995, str. 867.

⁹ V. Savković, op. cit., str. 21.

- *istorijskoprawnog metoda* kojim je omogućen prikaz nastanka i evolucije instituta derivativne tužbe radi uvida u razloge koji su uslovlili njeno ustanovljavanje, dinamiku i osnovne principe njenog razvoja;

- *statističkog metoda* u svrhu sagledavanja praktičnih iskustva, na osnovu kojih je moguće dati ocjenu stepena primjene derivativne tužbe;

- *sociološkog metoda* u vidu ispitivanja na koji su način i koliko vjerodostojno pojedina zakonodavna rješenja reflektovana u društvenoj stvarnosti;

- *teleološkog metoda* kako bi se definisao cilj derivativne tužbe, tj. ukazalo na prava koja se njome štite;

- *komparativnog metoda* koji pruža konceptualni prikaz inostranih pozitivnopravnih rješenja u odnosu na nacionalne, na način utvrđivanja njihovih prednosti i potencijalnog uvođenja u nacionalne okvire¹⁰;

- *sintetičkog metoda* radi sublimiranja rezultata do kojih se došlo primjenom gore navedenih metoda i izvođenja konačnih zaključaka istraživanja.

3. Zadaci istraživanja

Potreba kvalitetnog prikaza instituta derivativne tužbe, uslovljena je njegovom kompleksnošću i brojnošću konstitutivnih elemenata koji zavrijeđuju detaljniju analizu. Specifična pravna konstrukcija derivativne tužbe, kao rezultat činjenice da se ona nikada ne podnosi od strane onih čije se pravo njome ostvaruje, već od strane sekundarnih tužilaca koji nisu neposredno pretrpjeli štetu čija se naknada traži, formuliše zahtjev za nužnom razradom cijelog spektra različitih pitanja, kao zadataka predmetnog istraživanja:

¹⁰ Budući da je derivativna tužba izvorni institut anglosaksonskog prava, upotreba uporednopravnog metoda u disertaciji biće izvršena prvenstveno sa osloncem na sudsku praksu, tj. precedentne slučajeve SAD-a i Engleske. Sa tim u vezi treba ukazati na očiglednu razliku u stepenu primjene derivativne tužbe pomenutih zemalja, jer dok u SAD-u derivativna tužba predstavlja vrlo živ pravni institut učestale upotrebe, u Engleskoj ona nije ustaljena u tolikom obimu, što je posljedica rigidnosti „*Foss v. Harbottle Rule*“ koja u značajnoj mjeri sužava krug potencijalnih situacija koje daju povoda za njeno podnošenje.

- Analiza strukture interesnih grupa koje postoje u jednom privrednom društvu, njihove heterogenosti, kontradiktornosti, potencijalnih konflikata i mehanizama njihovog uklađivanja i harmonizacije;
- Identifikacija lica sa posebnim dužnostima prema privrednom društvu, tj. obaveze rada u njegovom interesu, idejna osnova takvog koncepta, karakteristike pojedinih dužnosti¹¹ i posljedice njihovog kršenja;
- Pružanje kritičkog osvrta na postojeći legislativni okvir pravnog položaja akcionara sa komparativnim prikazom prednosti i nedostataka postojećih rješenja;
- Razrada instrumenata sudske zaštite akcionara, teorijskog razgraničenja derivativne od direktnih (individualne i kolektivne) tužbi, praktične primjene, potencijala i mogućnosti njihove kumulacije, uz sagledavanje načina njihovog uređenja u uporednim zakonodavstvima;
- Ukazivanje na specifičnosti pravne prirode i iz nje proistekle konstrukcije, dominantnih karakteristika i cilja derivativne tužbe;
- Razmatranje procesnopравnih uslova za primjenu derivativne tužbe, naročito pravnog osnova za podnošenje, cilja i sadržine prethodnog zahtjeva za podnošenje direktne tužbe od strane samog društva, kruga aktivno i pasivno legitimisanih lica uz razmatranje potrebe za njegovim proširenjem;
- Sagledavanje karakterističnih spornih pitanja koja se javljaju u postupku po derivativnoj tužbi, naročito cjelishodnosti ustanovljavanja instituta tzv. višestruke derivacije, koji pruža mogućnost podnošenja ove tužbe u cilju zaštite prava povezanih društava, kao i kumulativnog povezivanja derivativnog i kolektivnog tužbenog zahtjeva;
- Analiza pravnih efekata okončanja postupka po derivativnoj tužbi i nedostataka nagodbe kao njenog potencijalnog ishoda;

¹¹ U tom pogledu najveća pažnja biće posvećena pravilu procjene poslovne odluke (*Business Judgment Rule*), tj. priznavanja prava na poslovnu grešku učinjenu u dobroj namjeri (*bona fide*) i učinjenu u okviru propisanih ovlašćenja, jer je oblast u kojoj je ovo pravilo našlo svoju najznačajniju primjenu upravo derivativna tužba i postupak po njoj. Naime, ovo pravilo i sloboda njegovog kreativnog tumačenja od strane sudija obezbjeđuju delikatnu ravnotežu između gore naznačenih, suprotstavljenih interesa u akcionarskom društvu, doprinoseći na taj način opstanku sistema korišćenja derivativnih tužbi.; V., Savković, op. cit., str. 9.

- Iznalaženje pozitivnih pravnih iskustava zemalja sa dugom tradicijom primjene derivativnih tužbi iz kojih je putem pravne transplantacije ovaj institut uveden u nacionalno pravo u funkciji sagledavanja perspektive njegovog daljeg razvoja.

4. Struktura disertacije

Predmetna disertacija strukturisana je u okviru deset poglavlja. Prvo poglavlje disertacije prezentira predmet istraživanja, koja podrazumijeva njegovo precizno definisanje i razmatranje sa stanovišta različitih aspekata, pristupu iznijetom kroz koncepciju disertacije i cilju do kojeg se nastoji doći. Drugo poglavlje posvećeno je detaljnoj percepciji problema, uzrocima koji su doveli do njegovog nastanka uz apostrofiranje koncepta fiducijarnih dužnosti, kao kriterijuma za definisanje objektivnog domena primjene derivativne tužbe. Fokus trećeg poglavlja je na određenju pojma i domena primjene derivativne tužbe, njenom pozicioniranju u sistemu sudske zaštite, kao i razgraničenju od srodnih instituta. Centralna obrada teme disertacije, odnosno, dominantna istraživačka pitanja skoncentrisana su u četvrtom poglavlju, gdje su putem analize teorijskih aspekata instituta, sagledane osnovne karakteristike derivativne tužbe, određena njena pravna priroda, cilj, mjesto i značaj u pravnom sistemu. U petom poglavlju detaljno je razmotren postupak po derivativnoj tužbi, pri čemu je naročita pažnja poklonjena procesnopravnim pretpostavkama za njeno podnošenje, položaju tužioca i tuženog, kao i karakterističnim spornim pitanjima koja se mogu javiti u toku postupka. Šesto poglavlje analizira mogućnost stupanja člana društva, ali i samog društva u već započeti postupak, dok je sedmo fokusirano na potencijalne ishode okončanja postupka sa akcentom na mogućnost poravnanja, etiketiranog kao najčešće sredstvo zloupotrebe derivativne tužbe. Osmo poglavlje usmjereno je na procesne implikacije otvaranja stečajnog postupka na tok postupka po derivativnoj tužbi, kao jedno od često isticanih spornih pitanja. U devetom poglavlju dat je osvrt na uporednopravnu regulativu i praksu, uz skretanje pažnje na turbulentnu genezu ovog instituta i perspektivu daljeg razvoja. Deseto poglavlje akcentuje nacionalni okvir Srbije i Crne Gore, dostupnu sudsku praksu, uz sumiranje postignutih rezultata istraživanja na bazi kojih će biti formulisane smjernice i preporuke za unapređenje instituta derivativne tužbe. Na kraju distertacije data su zaključna razmatranja.

5. Cilj disertacije

Prethodno je ukazano na neopravdanu zanemarenost instituta derivativne tužbe od strane domaćih naučnih i stručnih krugova, primjetnog odsustva sudske prakse, nedovoljne edukacije akcionara koji najčešće nisu upoznati sa pravnim lijekovima koja im stoje na raspolaganju, što ima za posljedicu da derivativna tužba ostaje marginalizovano sredstvo zaštite akcionarskih prava, uprkos njenoj širokoj zastupljenosti i visokom stepenu primjene u uporednom pravu.

Iz tog razloga, kao cilj disertacije u užem smislu postavljena je analiza normativnog mehanizma derivativne tužbe, njenih nedostataka i komparativnih prednosti, dosadašnjih teorijskih zaključaka i raspoloživih praktičnih iskustava radi odgonetanja problema njenog ograničenog domašaja u nacionalnim okvirima uz ukazivanje na inostrana zakonodavna rješenja zemalja u kojima ona doživljava uspješnu primjenu. Cilj disertacije u širem smislu ogleda se u pružanju doprinosa rasvjetljavanju instituta derivativne tužbe, teorijskom pozicioniranju, pravnom uobličavanju i formulisanju predloga potencijalnih rješenja za efikasniju zaštitu akcionara u svrhu aktuelizacije i afirmacije ovog instituta.

II PRIVREDNO DRUŠTVO I PLURALITET KONSTITUTIVNIH INTERESA

“Derivativne tužbe su primarni mehanizam sprovođenja fiducijarnih dužnosti korporativnih direktora”

Eugene Rostov

Teorija privrednog prava je sve do početka 90-ih godina prošlog vijeka isticala jasnu distinkciju između dva shvatanja svrhe privrednog društva, naročito akcionarskog, shodno podjeli na dva tipa kapitalizma – anglo-američkog (*shareholder capitalism*) i evropsko-kontinentalnog (*stakeholder capitalism*). U evropsko-kontinentalnom sistemu, akcionarsko društvo se tretira kao *institucija*, čija poslovna politika prednost daje očuvanju njenog kontinuiteta. Uloga individualnog člana društva je marginalizovana, pri čemu se razmatra cijeli spektar interesa svih onih od kojih zavisi poslovanje društva, kao i svih onih koji zavise od njegovog poslovanja (podvedenih pod zajedničkim imeniteljem - *stakeholders*: zaposleni, povjerioci, poslovni partneri, lokalna zajednica država, životna sredina itd.). Za razliku od tog pristupa, anglosaksonsko shvatanje privrednog društva se svodi na *skup ugovora*, čija poslovna politika ne ostavlja prostor za razmatranje drugih interesa, osim interesa svojih članova (*shareholders*). Ipak, zahtjevi globalizacije i rastuće hiperkompetitivnosti, uslovljavali su potrebu za sve intezivnijom kooperacijom i integracijom nacionalnih tržišta, što je za posljedicu imalo ublažavanje oštih razlika između evropsko-kontinentalnog i angloameričkog sistema, kao i njihovom dugoročnom konvergencijom.

Sfera u kojoj je bilo najteže doći do konsenzusa ogledala se u mapiranju kruga subjekata u pravcu čijih interesa uprava društva treba da djeluje. Prema prvom, klasičnom pristupu (*stockholder theory*), smatra se da u poslu nema mjesta ni za kakve druge ciljeve osim maksimizacije profita, tj. da interesi akcionara imaju apsolutnu predominaciju.

Zagovornici ovog pristupa apostrofiraju nepomirljivost društvenih i ekonomskih ciljeva ističući da je ulaganje u društvene ciljeve obrnuto proporcionalno ekonomskoj efikasnosti društva. U stavu koji je izrazio *Carl Fuerstenberg*, vodeći njemački bankar svog vremena, u najkraćem je postavljeno jedno od glavnih pitanja sa kojima se suočavaju akcionarska društva – divergencija

interesa između uprave društva i njegovih akcionara: “Iz kojeg razloga bi investitori svoja sredstva stavili u ruke drugih prepuštajući im slobodu raspolaganja na način na koji oni smatraju prikladnim, bez obaveze nadoknade u slučaju njihovog umanjenja ili gubitka?”¹² Odgovor na ovo pitanje je daleko od jednostavnog i uključuje kompleksnu interakciju između pravnih normi, ekonomskih instituta i tržišnih pravila. Jedan od vodećih analitičara korporativnog upravljanja ističe da je “maksimizacija bogatstva akcionara redovno prihvaćen prevalentni cilj u američkim poslovnim krugovima”.¹³ Drugi autori idu korak dalje u svojim zapažanjima, zauzimajući gledište da “ne postoji ozbiljan konkurent shvatanju da korporativno pravo treba da se principijelno razvija u pravcu dugoročnog povećanja vrijednosti akcionarskog kapitala”.¹⁴

Sa druge strane, *stakeholder theory* (teorija multiinteresnih grupa), polazeći od uloge koju privredni subjekti imaju za opstanak društva u cjelini akcentuje njihovu međuzavisnost, kao i komplementarnost ekonomskih ciljeva i društvenih potreba. Time se privrednim subjektima adresira zahtjev da svoje poslovne politike formulišu po principima odgovornosti prema društvu koja treba da prevazilazi okvire normativnih očekivanja, kao i da maksimizacija profita ne može biti isključivo mjerilo uspješnog poslovanja. Ta sveprisutna tendencija da se privrednim subjektima nametnu neprofitni ciljevi, promovise se pod konceptom tzv. korporativne društvene odgovornosti ("*Corporate Social Responsibility*") i sve intezivnije nameće kompanijama u vidu obavezujuće regulative.

Glavna primjedba koja se upućuje ovom konceptu je da on predstavlja povratak na praksu socijalizma, gdje je socijalna funkcija kompanija bila i formalno i suštinski postavljena iznad ekonomske, tj. sistem u kojem je kompanija bila produžena ruka države, čiji je cilj i primarna uloga rješavanja problema svojih zaposlenih i pitanja lokalnih zajednica. Drugim riječima, ističe se da

¹² T., Baums, K. E., Scott, *Taking Shareholders Protection Seriously? Corporate Governance in the United States and Germany*, Frankfurt, 2003, str 4.

¹³ M., Roe, The Shareholder Wealth Maximization Norm and Industrial Organization, br. 149, *U. Pa. L. Rev.*, 2001, str 2065.

¹⁴ H., Hansmann, R., Kraakman, The End of History for Corporate Law, br. 89, *Geo. Law Journal*, 2001, str. 439.

konceptom korporativne društvene odgovornosti država pokušava izmjestiti odgovornost za socijalnu politiku u privredni sektor.¹⁵

Jedan od najradikalnijih kritičara ovog koncepta bio je američki nobelovac, otac monetarne politike i ikona neoliberalizma - *Milton Friedman*. Poznat po čuvenoj maksimi: “The only business of business is business”, bio je dosledan u stavu da je privredno društvo ima odgovornost isključivo prema svojim članovima, tako da se obaveze kompanija svode samo na ostvarenje ekonomskih ciljeva akcionara. Po njemu, zahtjevi za doprinosom opštoj društvenoj svrsi ne spadaju u domen ekonomije, već politike, tako da te dvije kategorije ne treba podvoditi pod istu ravan. („Korporativna društvena odgovornost predstavlja takav nepoželjan miks između politike i ekonomije“¹⁶). Ideju društvene odgovornosti kompanija, *Friedman* je karakterisao kao promociju čistog socijalizma, a filantropske aktivnosti kompanija (koje nisu usmjerene na povećanje profita) kao – krađu od akcionara.¹⁷

Iako akcionarsko društvo, kao subjekt privatnog prava nema za svoju vokaciju opšto dobro, već ostvarenje privatnih ciljeva svojih osnivača (akcionara)¹⁸, realnost pokazuje da u njemu ne postoji interesna harmonija, već čest diverzitet interesa uz konstantnu mogućnost njihovog dolaska u sukob.

Tako, dominantan stav u teoriji je da pri formulisanju poslovnih odluka treba uzeti u obzir sve zainteresovane subjekte (stejkholdere) koji su na bilo koji način povezani sa društvom i koji imaju određene interese vezane za njeno postojanje i funkcionisanje, te iz toga izvedena očekivanja ili

¹⁵ Komisija za hartije od vrijednosti Crne Gore, *Korporativno upravljanje u Crnoj Gori*, Podgorica, 2009, str. 17.

¹⁶ M., Friedman, *Capitalism and Freedom*, Chicago, 1962; The Social Responsibility of Business Is to Increase Its Profits, *New York Times Magazine*, 1970; J., Desjardins, *An Introduction to Business Ethics*, , New York, 2009, str. 51-5.

¹⁷ K., Krkač, *Uvod u poslovnu etiku i korporacijsku društvenu odgovornost*, Zagreb, 2007, str. 315-343.; A. Mihailović, op.cit., str. 7.

¹⁸ M., Vasiljević, Društvena odgovornost kompanija (od politike, preko morala, do prava), *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, vol. 61, br. 1, 2013, str. 7.

aspiracije u pogledu njegovih performansi¹⁹; odnosno, svi oni koji imaju prava i interesa u društvu ili to mogu postati realizacijom svrhe njenog postojanja, tj. obezbjeđuju nešto od značaja za društvo istovremeno očekujući protivčinidbu. Na taj način, stejkholderi se definišu kao “one grupe koje su od vitalnog značaja za opstanak i uspjeh” ili “grupe koje mogu biti zavisne od privrednog društva”. Mnogi autori ističu da pored članova društva, određenu mjeru interesa u društvu imaju i zaposleni, povjerioci, potrošači, kao i država, čime su takođe izloženi riziku od neuspješnog poslovanja društva. Imajući to u vidu, od privrednog društva se očekuje preuzimanje odgovornosti prema njima, odnosno, izvjesno razmatranje njihovih interesa tokom strukturisanja svojih poslovnih ciljeva i sprovođenja poslovnih aktivnosti. Recipročno, navedene interesne grupe ostvaruju određen uticaj na privredno društvo, a nekada mogu imati i odlučujuću ulogu u pogledu njegovog pozicioniranja na tržištu.²⁰ Postoje i mišljenja da krug stejkholdera treba suziti samo na određene kategorije ili usloviti njihovu međupovezanost sa društvom postojanjem nekog pravnog osnova. Prema *Donaldsonovoj* definiciji stejkholder može biti “lice ili grupa koja posjeduje pravni interes u procesnim ili materijalnim aspektima korporativnih aktivnosti, koji se određuje putem stvarnih i potencijalnih koristi i šteta kojima ih izlaže poslovanje kompanije”²¹, dok uzrok za njihovu međuzavisnost pripisuje prirodi privrednog društva.

¹⁹ Za vlasnike je to kapital, za radnike uloženi rad, za banke pozajmljena sredstva, za dobavljače isporučena roba i po toj osnovi formirana potraživanja, za kupce uložena sredstva za robu za koju se očekuje odgovarajuća protivvrijednost i sl.; Z., Brnjas, *Strategijski menadžment*, Beograd, 2000., str. 173.

²⁰ Teorija stejkholdera ne daje primat niti jednoj grupi nad drugom, ali priznaje da će, uslijed prirodne suprotstavljenosti njihovih međusobnih interesa, povremeno preimućstvo ciljeva jedne grupe biti neminovnost. Okolnosti nerijetko dovode do nužnosti izbora između nepoželjnih opcija, ali kao što kaže *Albert Carr*: “samo mudar poslovni čovjek traži prednost do granice do koje ne stvara neprijateljstvo među zaposlenima, konkurentima, klijentima, sa državom ili cjelokupnom javnošću”. U tom smislu, zadatak uprave je da iznađe neophodan ekvilibrijum koja će tu razuđenost interesa zaokružiti u harmoničan sklad.; E., Freeman, *A Stakeholder Theory of the Modern Corporation*, *Ethical Theory and Business*, Tom Beauchamp and Norman Bowie, 2004, str. 64.

²¹ T., Donaldson, L., Preston, *The Stakeholder Theory of the Corporation: Concepts, Evidence and implications*, *The Academy of Management Review*, br. 1, 1995, str. 67 – 86.

U svakom slučaju, teorija multiinteresnih grupa, kao empirijska teorija, zasnovana je na stavu da je inkorporacija legitimnih interesa svih zainteresovanih subjekata neophodan preduslov efikasnog upravljanja (pri čemu se pod legitimnim interesom smatra postojanje “udjela ili određenog prava u društvu”).²² U širem određenju ovo se odnosi na bilo koje lice ili grupu koja zavisi od društva ili može uticati na njega, dok se u užem smislu odnosi isključivo na subjekte koji imaju vitalan uticaj na poslovanje ili opstanak društva. Ovdje se dalje otvara pitanje legitimacije zainteresovanih subjekata, odnosno potrebe za mapiranjem interesnih grupa zastupljenih u jednom privrednom društvu. Za takvu analizu nezaobilazna su tri kriterijuma:

- sposobnost uticaja na društvo,
- legitimitet odnosa sa društvom i
- značaj zahtjeva prema društvu.

Navedeni kriterijumi su poslužili kao osnov različitim tipologijama interesnih grupa, sa ciljem sagledavanja prirode njihovog interesa i uticaja na društvo, a time i procjenu njihovog objektivnog značaja, što je ilustrovano tabelarnim prikazom²³ na primjeru akcionarskog društva:

INTERESNA GRUPA	PRIRODA INTERESA	PRIRODA UTICAJA
Akcionari	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Generisanje profita i adekvatna politika njegove distribucije (dividende) ▪ Postepeno uvećanje vrijednosti akcija ▪ Dostupnost potpunih i tačnih informacija 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Realizacija glasačkih prava akcionara sa pravom glasa ▪ Mehanizmi kontrole uprave i menadžmenta ▪ Aktiviranje prava podnošenja tužbi (individualna, kolektivna, derivativna) i pokretanja postupka likvidacije

²² J., Hasnas, *The Normative Theories of Business Ethics*, Cambridge, 1998, str. 27.

²³ A., Mihailović, op. cit., str. 23.

Uprava i menadžment	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Redovna isplata naknada i nagrada ▪ Stabilnost položaja ▪ Očuvanje pozitivne reputacije 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Formulisanje poslovne politike ▪ Donošenje odluka
Zaposleni	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Stabilnost zaposlenja ▪ Adekvatna zarada za uloženi rad ▪ Povoljni i bezbjedni radni uslovi 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Savjeti zaposlenih i sindikalno pregovaranje ▪ Štrajkovi i akcije
Društvo (država i lokalna zajednica)	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Povećanje stepena zaposlenosti ▪ Zdrava životna sredina ▪ Jačanje konkurentnosti i upliva investicija ▪ Filantropske akcije ▪ Opšti progres 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Zakonska regulativa ▪ Permanentan monitoring ▪ Nesaglediv doprinos kreiranju imidža i reputacije
Povjerioci	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Namirenje potraživanja ▪ Akumulacija glavnice i kamata 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Opoziv kredita u slučaju kršenja ugovornih obaveza ▪ Aktiviranje garancija ▪ Realizacija ovlašćenja za pokretanje stečajnog postupka
Poslovni partneri	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Pravovremeno ispunjenje ugovornih obaveza 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Neizmirivanje ugovornih obaveza ▪ Raskid ugovora o saradnji

	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Poštovanje propisa, dobrih poslovnih običaja i biznis etike ▪ Pouzdanost, snaga i ugled partnera 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Preorijentacija na konkurente
Distributeri	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Dobijanje redovnih porudžbina ▪ Blagovremena isplata isporučenih proizvoda 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Neizvršenje porudžbina ▪ Plasman proizvoda konkurentima
Konzumenti	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Sigurnost i kvalitet kupljenog proizvoda/primljene usluge ▪ Optimalna cijena 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Bojkot proizvoda/usluga nezadovoljavajućeg kvaliteta ili načina proizvodnje ▪ Kupovina od konkurenata
Mediji	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Senzacionalistički naslovi ▪ Često prihvatanje reklamnih ponuda 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Izgradnja publiciteta ▪ Uticaj na javno mnjenje

Tabela 1: Taksonomija konstitutivnih interesa i uticaja

1. Izvor potencijalnih tenzija na relaciji članovi – uprava društva

Definicije akcionarskog društva (*société anonyme, company limited by shares, open corporations, joint stock company*) bazirane su, kao i kod drugih privrednih društava, na nekoj od njegovih dominantnih karakteristika. Tako je u jednoj od ranih odluka Vrhovnog suda SAD-a akcionarsko

društvo, odnosno, korporacija definisana kao “vještačko biće, nevidljivo, nedodirljivo, koje postoji samo u pravnim kontemplacijama”, odnosno kao “tvorevina prava, sa identitetom ili personalitetom odvojenom i različitom od njenih vlasnika, i koja, po nužnosti, mora djelovati preko svojih zastupnika”. U kontinentalnom pravu prisutnije su definicije koje u pogledu akcionarskog društva naglašavaju strukturu osnovnog kapitala, ističući da je to “društvo čiji je kapital utvrđen i podijeljen na akcije”.²⁴ Prema Zakonu o privrednim društvima²⁵, akcionarsko društvo je društvo čiji je osnovni kapital utvrđen i podijeljen na akcije koje imaju jedan ili više akcionara koji ne odgovaraju za obaveze društva (osim u slučaju probijanja pravne ličnosti) i koje odgovara za svoje obaveze cjelokupnom svojom imovinom.

Akcionarsko društvo, po pravilu ima veliki broj akcionara čiji interesi ne moraju uvijek korespondirati. Pored njih, u strukturi personalnog supstrata akcionarskog društva, uslijed odvajanja vlasničke od upravljačke funkcije, izdiferenciran je i obligacionopravni odnos principal – agenta, najvidljivije izražen u odnosu akcionara i uprave. Upravo ta delegacija prava odlučivanja sa akcionara na upravu, koja je temelj korporativnog upravljanja²⁶, naročito u uslovima visoko

²⁴ D., Radonjić, *Pravo privrednih društava*, Podgorica, 2008, str. 219.

²⁵ član 245. Zakona o privrednim društvima (“Službeni glasnik RS”, br. 36/2011, 99/2011, 83/2014 – dr. zakon 5/2015, 44/2018, 95/2018 i 91/2019)

²⁶ Sintagma „korporativno upravljanje“ popularizovana je 1992. nakon što je komitet Londonske berze izdao Cadburyjev izvještaj koji poslužio kao polazna osnova regulatornoj instituciji finansijskog tržišta u Velikoj Britaniji da usvoji „Kombinovani kodeks“ kao reakciju na finansijske skandale i pronevjere u finansijskim kompanijama kao što su British and Commonwealth Bank (1990.), BCCI (1992.) i Barings (1995.). U Cadburyjevom izvještaju korporativno upravljanje je definisano kao: “Sistem upravljanja i kontrole kompanijama. Odbor direktora je odgovoran za upravljanje kompanijama. Uloga akcionara u upravljanju je da imenuju direktore i revizore, i da obezbijede ustanovljavanje odgovarajuće strukture upravljanja. Odgovornosti direktora obuhvataju ustanovljavanje strateških ciljeva kompanije, omogućavanje vođstva kako bi se oni implementirali, kontrolu upravljanja biznisom i izvještavanje akcionara o upravljanju. Radnje odbora podvrgnute su zakonima, propisima i akcionarima na skupštini.” U tom smislu, Kombinovani kodeks predstavlja kolektivni konsenzus institucionalnih investitora o najboljim praksama korporativnog upravljanja i da odstupanja od ovog kodeksa predstavljaju dobar razlog investitorima da “glasaju nogama”, tj. donesu svoju odluku da napuste kompaniju. Step en poštovanja

disperzovanog akcionarstva karakterističnog za države *common law* sistema je ono što se u teoriji kompanijskog prava definiše kao prvi agencijski problem.

Prvi autor koji je identifikovao agencijski problem je Adam Smit u svom delu *Bogatstvo naroda* (*Wealth of Nation*), napominjući da se ne može očekivati od direktora akcionarskih društava, koji radije upravljaju tuđim nego svojim novcem, da „budno paze“ na taj novac, kao što bi to radili vlasnici u privatnim kompanijama.²⁷ Na slično su ukazali i *Bearle* i *Means* 1932. godine koji su u svojoj studiji klasifikovali pet različitih vrsta kontrole kroz tzv. „evoluciju kontrole“, iznoseći empirijske podatke koji govore u prilog dominaciji uprave naročito u onim društvima kod kojih je „svojina u velikoj mjeri podijeljena, tako da nijedan pojedinac ili mala grupa nemaju manjinski paket dovoljan za dominaciju poslovanjem društva“. Kako su „sa većom disperperzijom vlasništva nad kompanijom, svojina i kontrola nad njom sve manje i manje bivali u istim rukama“ to i „uprava postaje samodovoljno tijelo“.²⁸ Riječ je o tome da jedan prosječan direktor akcionarskog društva nema ni približno snažan interes za maksimizacijom dobiti, kao što je slučaj sa interesom prosječnog akcionara. Razlog ovome leži u činjenici da direktor akcionarskog društva ima u velikoj mjeri fiksna primanja, koja u principu ne zavise od uspješnosti poslovanja društva. Čak i kada se koriste stimulatívne mjere kao što su menadžersko akcionarstvo ili djelimično vezivanje primanja za uspješnost poslovanja, jaz između interesa uprave i akcionara ne može se svesti na zadovoljavajuću mjeru. Ovo najbolje ilustruje činjenica da će kao posljedicu loših poslovnih rezultata uprava redovno prihvatiti i značajno umanjenje sopstvenih primanja, ukoliko sa druge strane mogu računati na dobit stečenu zloupotrebom sopstvenih ovlašćenja. Isto tako, čest je slučaj da u situaciji kada se društvo nađe pred preuzimanjem, direktori, umjesto da izaberu najbolji mogući trenutak i time ostvare najbolju prodajnu cijenu akcija (za akcionare koji optiraju da prodaju svoje akcije), svoje napore usmjere ka neracionalnoj i za akcionare neisplativoj odbrani od preuzimanja, kako bi se zadržali na stečenim pozicijama u društvu. Možemo zaključiti da su

pravila porastao je tokom poslednjih nekoliko godina, ali se, čak i danas, svega 50% listiranih kompanija u potpunosti pridržava odredbi ovog kodeksa.; Komisija za hartije od vrijednosti, op. cit., str. 7-9.

²⁷ A., Cadbury: *The Genesis of Corporate Governance*, *Oxford Scholarship Online*, 2005, str. 5.; M., Tasić, *Manjinski akcionari: Opšta pitanja o definisanju pojma i mehanizmima pravne zaštite*, *Pravo – teorija i praksa*, br 4-6/2017, str. 43.

²⁸ A., Berle, M., Gardiner, *The Modern Corporation and Private Property*, New York, 1968, str. 66-111.

naznačene i slične zloupotrebe direktna posljedica činjenice da postojeći sistem odnosa u savremenom akcionarskom društvu upravi daje nesrazmjerno velika ovlašćenja u odnosu na interes koji objektivno ima za uspješnim poslovanjem, posebno kada se pod uspješnim poslovanjem podrazumijeva ostvarenje najvećeg interesa samih akcionara.²⁹ U društvima sa disperzivnim akcionarstvom, članovi ne mogu da vrše potpuni nadzor nad radom članova uprave, niti mogu da se direktno uključe u donošenje svih poslovnih odluka. Na taj način uprava uživa veliku diskreciju u domenu svakodnevnog upravljanja društvom, pa se na taj način agencijski problem svode na pitanje u kojoj mjeri principal može da usmjeri rad agenta u željenom pravcu.³⁰ Prema tome, osnovne pretpostavke agencijskog problema su:

1. Postojanje zajedničkog poduhvata u kojem učestvuju najmanje dva lica;
2. Potencijalna nekonvergencija interesa najmanje jednog učesnika u odnosu na interese drugih učesnika;
3. Učesnik sa potencijalno drugačijim interesima ima ovlašćenje od drugih učesnika da donosi odluke kojima može uticati na uspjeh zajedničkog poduhvata; i
4. Dobijeno ovlašćenje daje učesniku sa potencijalno drugačijim interesima određeni stepen diskrecije u donošenju odluka.

Kompanijsko pravo i korporativno upravljanje razvili su veliki broj modela uređivanja odnosa uprave i akcionara, od kojih se šest strategija izdvajaju kao najznačajnije: 1) davanje prava

²⁹ Ni interesi akcionara i interes društva kao zasebnog entiteta nisu uvijek identični. Najznačajniji interes akcionara velikog društva kotiranog na berzi jeste maksimizacija profita, njegova raspodjela u formi dividende i rast tržišne vrijednosti njegovih akcija, kao krajnji rezultat. To nije neminovno i najveći interes društva. Naime, prvenstveni interes društva se ogleda u širenju djelatnosti i ekspanziji na nova tržišta, što zadovoljenju naznačenih interesa akcionara vodi samo uslovno i na dugi rok. V., Savković, op. cit., str. 6-7.

³⁰ Primjera radi, većinski akcionar koji je sebe postavio za generalnog direktora želi da prisvoji visoku naknadu, član uprave želi da prisvoji poslovnu mogućnost društva u lične svrhe, manjinski akcionari traže raspodjelu dividendi i ako to za društvo ne bi bilo isplativo.; V., Radović: Uticaj agencijskih problema na pravo akcionarskih društava i korporativno upravljanje, *Korporativno upravljanje - zbornik radova*, drugi dio, 2009, str. 235-240.

akcionarima da razriješe postojeće i izaberu nove članove uprave; 2) obavezivanje članova uprave da poštuju standard ponašanja prilikom izvršavanja svojih obaveza (dužnost pažnje i dužnost lojalnosti) i odgovornost za neispunjenje ovih dužnosti; 3) direktan ili indirektan nadzor nad radom članova uprave; 4) davanje većih ovlašćenja skupštini akcionara; 5) korišćenje drugih pravnih instrumenata kojima se članovi uprave podstiču da radnje vrše u interesu društva i akcionara kao cjeline; i 6) razvoj korporativne kontrole.³¹ To naravno ne znači da akcionari imaju veliku moć nad kompanijom, mada ih glasačka pozicija čini važnim faktorom u kontekstu funkcionisanja kompanije. Tako bi se moglo reći da je ključna moć koju akcionari posjeduju sposobnost da razriješe postojeće i izaberu nove članove uprave društva, te na taj način obezbjeđuju da direktori djeluju u svom najboljem interesu. Međutim, ta moć je razvodnjena činjenicom da smjena direktora redovno predstavlja veliki izdatak i vremena i sredstava društva.³²

Ovdje moramo istaći i da su mehanizmi kontrole rada uprave od strane samih akcionara bitno limitirani i tzv. asimetrijom informacija, tj. bolje informisanosti uprave u odnosu na akcionare i slijedstveno tome odsustva jasne procjene da li je konkretna odluka uprave u interesu vlasničke strukture ili ne. Sa tim u vezi, prisutan je i problem nedostatka akcionarskog aktivizma (u literaturi poznat kao racionalna “akcionarska apatija”³³) izražen kroz nedostatak motivacije, prilike i instrumenata za sprovođenje efektivnog nadzora. Iz tog razloga je kompanijska zakonodavna infrastruktura ustanovila poseban sistem dužnosti i odgovornosti donosilaca odluka u privrednom društvu sa ciljem što sveobuhvatnije zaštite kako vlasničkog, tako i interesa samog društva.

Međutim, praksa pokazuje da zbog svoje složenosti zakonodavac ne uspijeva da dovoljno precizno uredi ovu vrstu odnosa. O njoj se počelo ranije govoriti u zemljama anglosaksonskog pravnog sistema. Kako je najznačajniji izvor prava u ovim zemljama običaj, to je pokušano da se putem

³¹ *ibid*, str 242.

³² T., Piemsarn, Shareholder Rights and Control over the Corporate Structure, *International Corporate and Governance Law*, 2013, str. 9.

³³ Ponašanje manjinskih akcionara uslovljeno nedostatkom motivacije i prilike, vezuje se za fenomen “slijepog putnika” (*fee-rider*) kada akcionar nema motivaciju da utiče na procese u društvu zbog niskog kapital učešća, očekujući od drugih akcionara, koji imaju veću glasačku moć da vrše kontrolu nad upravom društva. G., Ripert: Aspects juridiques du capitalisme modern, *LGDJ*, 1992, u: M., Vasiljević, *Korporativno upravljanje – pravni aspekti*, Beograd, 2007, str. 200.

običaja uredi i ova vrsta odnosa, ali na način da se običaji formulišu, a ne da se čeka da se sami ustale. Vođeni ovim primjerom, zakonodavci zemalja evropskokontinentalnog sistema, suočeni sa nemogućnošću dovoljno dobrog i preciznog uređenja zakonom, recepirali su ovaj način uređenja odnosa, kako bi izbjegli alternativu u vidu propisa sa velikim brojem pravnih standarda čiju sadržinu bi trebalo da konkretizuju sudovi, koji su u ovom pravnom sistemu u velikoj mjeri nenaviknuti na široka ovlašćenja u kreiranju prava.³⁴

2. Priroda posebnih dužnosti prema privrednom društvu

Relevantnost pitanja prirode dužnosti prema privrednom društvu ima naročiti značaj u kontekstu aktuelnog trenutka naglašenih pravnih standarda individualne i kolektivne odgovornosti subjekata prava kao jedne od globalnih tendencija razvoja prava u svijetu. Ovi standardi jesu utemeljeni na identifikovanoj pravnoj korelaciji između individualnih prava i obaveza koja su legislativno utemeljena. U tom smislu, razvoj korporativnog prava u svijetu fokusiran je na konkretizaciji i individualizaciji upravljačkih prava i obaveza organa upravljanja u privrednim subjektima. To je naročito izraženo kroz koncept fiducijarnih dužnosti (*fiduciary duty*)³⁵ koji predstavlja moralnu kategoriju, proizašlu iz načela pravičnosti i izraženu kroz zahtjev jednog lica (fiducijar) da djeluje isključivo u interesu drugog lica (fiducijanta).³⁶

U teoriji se navodi da je najprecizniju definiciju o ovom pitanju dao engleski sudija L. J. Millett postupajući u slučaju *Bristol & West Building Society v Mothev*³⁷ iz 1997. godine navodeći da je fiducijar “neko ko se obavezao da djeluje za ili u ime drugog u određenoj stvari u okolnostima

³⁴ Z., Stefanović, *Kompanijsko pravo*, Beograd, 2015, str. 230.

³⁵ Fiducija (njem. *Treuhand*, lat. *pactum fiduciae*) je ugovorni odnos u kojem jedna stranka (fiducijant) prenosi na drugu osobu (fiducijar) određeno pravo i pri tome ugovara da poslije postizanja određenog cilja fiducijar ponovno prenese to isto pravo natrag na fiducijanta.

³⁶ D., Lewis, Whistleblowing in a changing legal climate: is it time to revisit our approach to trust and loyalty at the workplace?, 20(1), 2011, *Business Ethics: A European Review*, str. 71-87.

³⁷ Court of Appeal, *Bristol & West Building Society v Mothev*, EWCA Civ 533, 1997.

koje dovode do odnosa od lojalnosti i povjerenja.” Zatim je nastavio još briljantnije fokusirajući se na dužnost lojalnosti: “Suštinska obaveza fiducijara je obaveza lojalnosti. Fiducijant ima pravo na lojalnost svog fiducijara. Ova osnovna odgovornost ima nekoliko aspekata. Fiducijar mora postupati u dobroj vjeri; on ne smije ostvariti profit zloupotrebom ukazanog povjerenja; on ne smije da se stavlja u poziciju u kojoj bi njegova dužnost i njegov interes mogli biti u sukobu; on ne može da djeluje u svoju korist ili u korist trećeg lica bez informisanog pristanka svog fiducijanta. Ovo nije zamišljena kao iscrpna lista, ali je dovoljan indikator da označi prirodu fiducijarnih obaveza.” Za komparativne svrhe kompanijskog prava, fiducijarne dužnosti članova upravnog odbora i izvršnog direktora su generalno podeljene na dvije glavne potkategorije: dužnost pažnje (“*duty of care*” or *Sorgfaltspflicht*) i dužnost lojalnosti (“*duty of loyalty*” or *Treupflicht*).³⁸

Sudovi, kao i pravni teoretičari, saglasni su da u situaciji konflikta interesa direktora i privrednog društva, postoji obaveza direktora da svoje individualne interese podvrgavaju dužnostima koje imaju prema društvu, bez obzira na osnov njihovog konflikta.

Međutim, u uporednopravnoj teoriji ne postoji saglasnost kada je riječ o tome da li se fiducijarna dužnost duguje samo privrednom društvu ili i drugim interesnim grupama unutar njega (naročito, akcionarima i članovima društva sa ograničenom odgovornošću). Tako se, na primjer, u engleskoj sudskoj praksi smatra da je član upravnog odbora u fiducijarnoj dužnosti prema društvu samo kada odlučuje i djeluje u tom svojstvu, a ne i kada u skupštini glasa u svojstvu akcionara.³⁹ Francuski Kasacioni sud izričito određuje fiducijarnu dužnost direktora prema kompaniji, a takođe, njemačko i švajcarsko zakonodavstvo propisuju posebne dužnosti isključivo prema društvu.⁴⁰

³⁸ K. J., Hopt, *Comparative Company Law*, u: M., Reimann, R., Zimmermann, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, 2006, str. 1161 – 1191.

³⁹ L. S., Sealy, *Cases and Materials in Company Law*, London, Butterworths, 1992, str. 174-176; Vasiljević, M., *Akcionarsko društvo - društvo akcionara i/ili nosilaca drugih interesa/rizika: prizma sudske prakse*, *Pravni život*, vol. 57, br. 12, 2008; str. 5-19.

⁴⁰ G., Maričić, *Ograni upravljanja u akcionarskim društvima*, Novi Sad, 2017, str. 150-3.

Sudska praksa u ovom pogledu je na vrlo klizavom terenu, što potvrđuje i presuda Vrhovnog suda u Teksasu u slučaju *Sneed v. Webre*⁴¹ u kojoj je sud konstatovao da „vlasništvo akcionara nad "akcijama" predstavlja korisno i pravično ulaganje u imovinu društva na osnovu ugovornog odnosa kojim društvo stiče i drži ulog akcionara pod izričitim priznanjem njegovog prava i određene svrhe.“ Budući da društvo raspolaže imovinom u korist stvarnog vlasnika takav odnos i njegove prateće dužnosti okarakterisane su kao „srodne jednom povjerenju“, pri čemu društvo deluje kao „kvazi povjernik“ svojih članova. Ovo mišljenje ima dugu tradiciju i još davno je isticano od strane istog suda u predmetu *Yeaman v. Galveston City Co.*: „Povjereništvo društva u korist svojih članova je priznato i trajno poverenje. To se ne može smatrati drugačijim karakterom jer ima svu prirodu direktnog povjerenja.“⁴²

Evidentno je da američki sudovi stoje na stanovištu da između društva i njegovih članova postoji odnos tzv. „kvazipovjereništva“, koji nameće društvu dužnosti analogne fiducijarnim dužnostima koje uprava ima prema njemu. Prema tom stanovištu, privredno društvo ima dvojaku ulogu – fiducijara (u odnosu sa svojim članovima u svojstvu fiducijanta) i fiducijanta (u odnosu sa upravom u svojstvu fiducijara). Na taj način se izvodi zaključak da društvo ima ulogu distributivnog kanala koji fiducijarne dužnosti koje uprava ima prema njemu sprovodi do svojih članova kao krajnjih korisnika.

Međutim, ovom stanovištu bi se mogle uputiti suštinske zamjerke, koje se u prvom redu ogledaju u zanemarivanju pravnog subjektiviteta društva i njegove osnovne pravne strukture koja se ogleda u razdvajanju funkcija vlasništva od kontrole. Društvo ne može ništa bez svojih zakonskih zastupnika i oni imaju ovlašćenja nad njegovom imovinom i poslovanjem, a upravo ta ovlašćenja su izvor i razlog postojanja njihovih fiducijarnih dužnosti prema društvu. Zato su te dužnosti koje zakon nameće fiducijarima društva izuzetno stroge. Vrhovni sud u Teksasu je to lijepo naveo: „Povjerenik duguje korisniku povjerenja nepokolebljivu dužnost dobre vjere, poštenog odnosa, lojalnosti i vjernosti prema poslovima poverenja i njegovom korpusu. Kad lica stupe u fiducijarne odnose, svaka strana pristaje da se njeno ponašanje prema drugom mjeri po standardima lojalnosti i pravičnosti. To je zdravo pravilo i ne treba ga umanjiti izuzecima. Pravilo je opšte u upotrebi i

⁴¹ Texas Supreme Court, *Sneed v. Webre*, br. 12-0045, 2015.

⁴² Texas Supreme Court, *Yeaman v. Galveston City Co.*, 190 S.W. 212, 1916.

osnovno je. To je u korist *cestui que* povjerenja i obavezuje se da će izvršiti dužnost lojalnosti od strane povjerenika zabranjujući mu da koristi prednost svog položaja kako bi stekao bilo kakvu korist za sebe na štetu korisnika povjerenja ili stavljajući se u bilo koji položaj u kojem će njegov sopstveni interes biti u suprotnosti sa interesima korisnika povjerenja⁴³. Dakle, ukoliko bi se navedene dužnosti odnosile i na same članove to bi (pored istaknutog suštinskog nedostatka zaobilaženja pravnog subjektiviteta društva) upravu društva postavljalo pred nemoguće zadatke u vidu obostranog zadovoljenja, ponekad nepomirljivih, interesa društva i njegovih članova (naročito kada su u pitanju odluke o isplati dividende). Osim toga, to bi vodilo i ka drugim besmislenim rješenjima, na primjer da postoji fiducijarna dužnost koja obavezuje upravu na maksimizaciju profita, budući da je to glavni interes članova društva.

Ovako ekstenzivno tumačenje fiducijarnih dužnosti odgovornih lica posebno je interesantno sa stanovišta prava člana društva na podnošenje derivativne tužbe za zaštitu interesa društva. *Ratio legis* za ustanovljenja tog prava u korist člana društva je upravo u njegovom specifičnom statusu “rezidualnog povjerioca” društva. Koncept člana društva kao rezidualnog povjerioca plod je praktičnog razvoja teorije pravičnosti koja ističe da, uprkos odvojenosti subjektiviteta pravnog lica od njegovih članova i primarnog prava društva da podnosi tužbe za zaštitu svojih prava u slučaju kršenja fiducijarnih dužnosti, članovi društva su ti čiji su interesi posredno povrijeđeni u situaciji kada samo društvo ne podnese tužbu. Ovaj stav je izražen u odluci apelacionog suda u New York-u je u slučaju *Pollitz v. Wabash R.R. Company*: „Teorija pravičnosti priznaje istinu da su akcionari vlasnici korporativnih interesa i na kraju krajeva, njihovi ultimativni korisnici, tako da su u suštini svi pravni lijekovi koji su na raspolaganju korporaciji usmjereni na zaštitu njihovih prava.“⁴⁴ To najbolje ilustruje činjenica da je pravo na podnošenje derivativne tužbe dato isključivo članovima društva, a ne i ostalim stejkholderima poput zaposlenih ili poslovnih partnera.⁴⁵

⁴³ E. Fryar, Corporate Fiduciary Duties to Shareholders, dostupno na: <https://www.shareholderoppression.com/fiduciary-duty-to-shareholders> (datum pristupa: 5. jula 2016.)

⁴⁴ Court of Appeals of the State of New York, br. 100 N. E. 721, Dec 31, 1912

⁴⁵ A. M., Scarlett, Shareholder Derivative Litigation and Normative Foundation, *Buffalo Law Review*, br. 61, 2013, str. 281.

Iako je pravna teorija danas dominantno zauzela stanovište da su fiducijarne dužnosti ustanovljene u cilju zaštite interesa privrednog društva, pitanje da li obuhvataju i zaštitu interesa njegovih članova nezaobilazan je predmet pravnih analiza i oprečnih rješenja u sudskoj praksi. Na osnovu unaprijed izloženih stavova međusobno suprotstavljenih *stakeholder* i *stockholder* modela, kao i pojedinih rješenja u sudskoj praksi, evidentno je da percepcija fiducijarnih dužnosti u najvećoj mjeri zavisi od karakteristika pravnog sistema u čijim su okvirima regulisane, te je iz tog razloga nužno razmotriti razlike u koncepciji fiducijarnih dužnosti anglosaksonskog i evropskokontinentalnog sistema.

3. Fiducijarne dužnosti u anglosaksonskom pravnom sistemu

Englesko kompanijsko pravo je pionir u razvoju koncepta fiducijarnih dužnosti. Ono je razvilo shvatanje o dvostrukoj poziciji direktora društva⁴⁶ - kao povjerenika (*trustee*) i nalogoprimaca (*agent*). Shodno tome, direktori su sa jedne strane, povjerenici u odnosu na imovinu društva, dok su, sa druge strane, nalogoprimci u pogledu poslova koje zaključuju za račun društva.⁴⁷ To je i razlog zbog kojeg direktore terete tzv. fiducijarne dužnosti koje su inače karakteristične za lica kojima je povjereno da se staraju imovini u najboljem interesu drugog lica (principala).

U anglosaksonskom pravu fiducijarne dužnosti prema društvu predstavljaju pravni standard u skladu sa kojim direktori moraju da se rukovode prilikom upravljanja i zastupanja društva, a između ostalog, obvezuje ih na lojalno postupanje prema društvu.⁴⁸ Naime, direktori su ovlašćeni

⁴⁶ H., Fleischer, Legal Transplants in European Company Law – The Case of Fiduciary Duties, *European Company and Financial Law Review*, br. 2 (3), 2005, str. 380.

⁴⁷ M., Gelter, G., Helleringer, Opportunity Makes a Thief: Corporate Opportunities as Legal Transplant and Convergence in Corporate Law, *Berkley Business Law Journal*, br. 15(1), 2018, str. 94.; M. Z., Radović, Uticaj anglosaksonskog prava na srpsko kompanijsko pravo, *Strani pravni život*, br. 63(2), 2019, str. 34-6.

⁴⁸ D., Jurić, Pravo manjinskih dioničara na podnošenje tužbe u ime dioničarkog društva protiv članova uprave i nadzornog odbora, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, br. 1., Rijeka, 2007, str. 543. – 553.

na vođenje poslova i zastupanje društva, što čine u ime i za račun društva, stoga uvijek moraju djelovati isključivo u interesu društva od kojeg u potpunosti moraju apstrahovati lične interese, kao i interese trećih osoba koje na njih utiču. Posljednjih godina brojni angloamerički teoretičari zauzimaju stav kako su i članovi društva koji imaju mogućnost uticati na direktore takođe subjekti fiducijarnih dužnosti. Pozadinu ovog stava čini ideja da sva lica koja imaju uticaj na donošenje poslovnih odluka treba da postupaju sa jednakom pažnjom i odgovornošću, kao i direktori, kako se ne bi dogodilo da odluka direktora, donijeta pod njihovim uticajem, bude usmjerena isključivo na ostvarenje njihovog ličnog interesa, umjesto na ostvarenje interesa društva. Ipak, fiducijarnu dužnost ne treba poistovjećivati sa dužnošću akcionara na savjesno postupanje koja obavezuje akcionare u zemljama kontinentalnog pravnog sistema. Naime, iako oba tipa dužnosti postižu identičan efekat (a to je obaveza postupanja u skladu sa interesima društva), pravni osnovi iz kojih proizlaze su različiti. Fiducijarna dužnost, koja izvorno obavezuje direktore, može se primijeniti samo na one akcionare koji imaju mogućnost uticaja na direktore, dok dužnost na savjesno postupanje obavezuje sve akcionare, pa i manjinske.⁴⁹ Uz to, fiducijarne dužnosti su obično detaljno regulisane sistemskim zakonima za oblast privrednih društava, dok dužnost na savjesno postupanje članova društva proizilazi iz načela savjesnosti i poštenja⁵⁰ koje se proteže na sve obligacione odnose, te se vrlo često posebno ne tretira u privrednopravnom zakonodavstvu.

Velika Britanija je tek 2006. godine po prvi put⁵¹ reformisala i kodifikovala dužnosti generalnih direktora u Companies Act-u (član 172) proklamujući dužnost pažnje i dužnost izbjegavanja konflikta interesa.⁵² Naime, dužnosti generalnih direktora utvrđene su u članovima od 171 do 177 i uključuju sedam opštih dužnosti: 1) dužnost da djeluje u okviru ovlaštenja; 2) dužnost da promoviše uspjeh kompanije; 3) dužnost samostalnog odlučivanja; 4) dužnost da u radu postupaju

⁴⁹ T., Hasić: Dužnost dioničara na lojalno postupanje prema društvu i ostalim dioničarima, *Zbornik fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, v. 34 br. 2, Rijeka, 2013, str. 785-815.

⁵⁰ U zasnivanju obligacionih odnosa i ostvarivanju prava i obaveza iz tih odnosa strane su dužne da se pridržavaju načela savjesnosti i poštenja.; Zakon o obligacionim odnosima ("Sl. list SFRJ", br. 29/78, 39/85, 45/89 - odluka USJ i 57/89, "Sl. list SRJ", br. 31/93 i "Sl. list SCG", br. 1/2003 - Ustavna povelja).

⁵¹ C. G., Beuerle, P., Paech, E., Schuster, *Annex to Study on Directors' Duties and Liability*, London, 2013, str. A873.

⁵² P. L., Davies, S., Worthington, *Principles of Modern Company Law*, London, 2012, str. 16-24.

sa razumnim nivoom pažnje, vještine i marljivosti; 5) dužnost izbjegavanja sukoba interesa; 6) dužnost da ne prihvati povlastice od strane trećih lica; i 7) dužnosti da se izjasni o zainteresovanosti za predloženu transakciju ili aranžman.⁵³ Navedene zakonski propisane obaveze su opšteg karaktera i dopunjene su drugim zakonski utvrđenim dužnostima, kao i precedentnima iz oblasti dužnosti direktora.

Kada je regulativa SAD-a u pitanju, *Sarbanes – Oxley Act* iz 2002. godine (“SOX”) ojačao je pravila korporativnog upravljanja⁵⁴ više nego ikad ranije i strukturisao polaznu osnovu za izmjenama i dopunama u više zakonskih akata na federalnom nivou, kao što su Zakon o hartijama od vrijednosti iz 1934. godine, Zakon o osiguranju zaposlenih u penziji iz 1974. i Zakon o investicionim savjetnicima iz 1940. godine. Korak dalje uslijedio je kroz reformu priručnika *NYSE Listed Companies* za kompanije kotirane na berzi u cilju promovisanja obaveznog usvajanja Kodeksa poslovnog ponašanja i etike sa intencijom rješavanja pitanja fiducijarnih dužnosti direktora, najviše u dijelu sukoba interesa, ilegalnog iskorišćavanja korporativnih mogućnosti i nepoštenog poslovanja (*unfair dealing*).

Takođe, bilo je i predloga da direktori ne treba da budu podvrgnuti fiducijarnim dužnostima, budući da u savremenom poslovnom svijetu mogu doći u koliziju sa potrebom za preuzimanjem poslovnih inicijativa. U tom smislu, moglo bi se tvrditi da uprkos činjenici da su fiducijarne dužnosti ustanovljene u cilju zaštite društva, u nekim situacijama one na svojevrsan način vežu ruke direktorima da ostvare najbolje interese društva iz razloga što se njihove pozicije baziraju na konstantnom balansiranju poslovnog rizika i povećanja vrijednosti kapitala.

Ovi stavovi posljedica su naglašenog uticaja pravila poslovne procjene („*Business judgement rule*“) u američkoj pravnoj teoriji, tj. pretpostavke ustanovljene u korist direktora društva da su postupali savjesno i u dobroj vjeri, što ih oslobađa odgovornosti za eventualni gubitak koji je društvo pretrpjelo, ukoliko se ne dokaže suprotno (pri čemu je teret dokazivanja na strani tužioca).

⁵³ Companies Act 2006, dostupno na: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/contents> (datum pristupa: 11. decembra 2016.)

⁵⁴D. C., Skinner, Director Responsibilities And Liability Exposure In The Era Of Sarbanes-Oxley, *The Practical Lawyer*, 2006, str. 38.

Međutim, suština tog pravila nije u navedenoj pretpostavci, već pravilu da sud ne može da ispituje cjelishodnost odluke uprave, prije nego što se ospori postojanje elemenata pravila poslovne procjene.⁵⁵ Dakle, pravilo poslovne procjene ima za cilj da, sa jedne strane, podstakne poslovne inicijative time što štiti upravu društva od „dozvoljenih grešaka“ u pogledu procjene poslovnog rizika, dok sa druge strane, izražava tradicionalnu tendenciju sudova da se uzdrže od miješanja u interne poslove društva.

4. Fiducijarne dužnosti u evropskokontinentalnom pravnom sistemu

Opšte je prihvaćeno da je *common law* pravni sistem kolijevka doktrine lojalnosti, dok su pravni sistemi *civil law*-a tom konceptu pristupili u kasnijoj fazi i primijenili ga mnogo opreznije. Glavni razlog za razlike u ovim stanovištima leži u činjenici da su istorijski (od XIX vijeka) kada se razmatralo i odlučivalo o dužnosti direktora, sudovi *common law*-a su ovo pitanje razmatrali kroz prizmu načela pravičnosti koje se primjenjuje na povjereničku fiducijarnu dužnost njenom korisniku. U *common law* sistemu, povjerenik posjeduje najveću fiducijarnu dužnost jer je obavezan da se u svom postupanju uvijek rukovodi interesom svog beneficijara, a ne svojim sopstvenim interesom.⁵⁶ Oslonac na tu doktrinu potražile su i sudije kontinentalnog prava i jednako su je primjenjivale na novoosnovana privredna društva i dužnosti njihovih direktora, a da prvo nisu uzeli u obzir da direktor takvog društva, za razliku od povjerenika, zapravo nema zakonsko pravo nad imovinom kompanije.⁵⁷ Razlika u odnosima povjerenik - korisnik i direktor – privredni društvo došla je do izražaja u predmetu iz 1967. godine od strane L. Portera koji je iznio tvrdnju da: “direktori, bez sumnje, nisu povjerenici, ali zauzimaju fiducijarni položaj prema kompaniji čiji

⁵⁵ Ovakav stav zauzela je američka sudska praksa u precedentnom slučaju *Bodell v. Gen. Gas & Elec. Corp* 1927. godine.; B. S., Sharfman, The importance of the business judgment rule, *New York University Journal of Law & Business*, br. 1, 2017, str. 48.; J., Veličković, *Derivativna tužba: Kompanijsko-pravna i procesno-pravna analiza*, Beograd, 2019, str. 404.

⁵⁶ D., French, S., Mayson, C., Ryan, *Company Law*, Oxford, 2010, str. 471.

⁵⁷ K. J., Hopt, Conflict of Interest, Secrecy and Insider Information of Directors, A Comparative Analysis, *European Company and Financial Law Review*, 2013, str. 169.

odbor formiraju”. Iako je danas jasno da direktor kompanije nije u *strictu sensu* stečajni upravnik, on i dalje ima obaveze slične povjereniku jer raspolaže korpusom ovlaštenja i dužnosti isključivo u službi interesa kompanije. Istovremeno, jurisdikcije kontinentalnog građanskog prava nemaju razvijenu tradiciju lojalnosti, te su morale da razmotre i razviju koncept posebnih dužnosti odgovornih lica u svijetlu postojeće privrednopravne regulative, uz korišćenje principa opšteg građanskog prava, koji su na neki način manje rigidni od načela lojalnosti u interpretaciji običajnog prava. Dalja razlika između ova dva sistema proističe iz činjenice da dok su u običajnom pravu dužnosti direktora više usredsređene na sprovođenje interesa akcionara, u civilnom pravu one su usmjerene na interese samog društva (ili čak direktno zainteresovanim stranama – zaposlenima, klijentima i cjelokupnoj javnosti).⁵⁸ Ova razlika je dodatno naglašena razvojem dualističkog modela upravljanja u mnogim zemljama evropskokontinentalnog prava, za razliku od monističkih tekovina *common law* sistema. U jurisdikcijama poput Njemačke i Austrije, na primjer, odbor je podijeljen na dva – upravni i nadzorni odbor, od kojih je prvi formiran od strane drugog, a ne direktno od akcionara, odnosno direktori su direktno odgovorni samo kompaniji, a ne (ili indirektno) akcionarima.⁵⁹

Kada razmatramo fiducijarne dužnosti odgovornih lica u zemljama Evropske unije (EU) treba naglasiti da ne postoji uniformno rješenje o ovom pitanju, već svaka država članica uživa autonomiju u pogledu odluke da li će kodifikovati navedene dužnosti ili ne. Neke jurisdikcije se oslanjaju na detaljne taksativno formulisane liste, dok se druge zadovoljavaju opštim odrednicama preko odredbi koje regulišu “očekivana ponašanja direktora u širem smislu”. Iako je većina država članica kodifikovala dužnosti direktora i opšta načela ugovornog prava, odredbe o fiducijarnim dužnostima su često pozvane da popune regulatorni jaz.

Generalna namjera Evropske komisije u vezi unifikacije pravila korporativnog upravljanja, proklamovana 2003. godine Akcionom planom za modernizaciju kompanijskog prava i jačanje korporativnog upravljanja u EU (*Action Plan for Modernising Company Law and Enhancing*

⁵⁸ D., Terziyski, *Company Law: Director’s Duties, Comparative Company Law*, 2014, str. 2-4.

⁵⁹ P., Davies, K., Hopt, R., Nowak, G., Solinge, *Corporate Boards in European Law: A Comparative Analysis, Oxford University Press*, 2013, str. 5.

*Corporate Governance in the European Union*⁶⁰) bila je da se ponudi miks dispozitivnih i imperativnih mjera usmjerenih na povećanje korporativne efikasnosti i prava akcionara i trećih lica. Iako je Komisija zauzela stanovište da odredbe *soft law*-a za bliže standarde korporativnog upravljanja adekvatnije odražavaju potrebu EU, postoji nekoliko direktiva koje direktno ili indirektno uređuju određene mjere korporativnog upravljanja. Ono što je zanimljivo je da se niti jedno od ovih pitanja ne odnosi direktno na dužnosti direktora, već se uglavnom radi o direktivama koje regulišu neke aspekte korporativnog upravljanja u javnim akcionarskim društvima, kao što su Direktiva o prospektu (“*Prospectus Directive*”⁶¹), Direktiva o transparentnosti (“*Transparency Directive*”⁶²), Uredba o međunarodnim računovodstvenim standardima (“*The International Accounting Standing Regulation*”⁶³), Direktiva o pravima akcionara (“*The Shareholder’s rights Directive*”⁶⁴) i Direktiva o statutarnoj reviziji (“*The Statutory Audit Directive*”⁶⁵). Posljednja polazi

⁶⁰ Modernising Company Law and Enhancing Corporate Governance in the European Union – A Plan to Move Forward, COM (2003), dostupno na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52003DC0284&from=EN> (datum pristupa: 3. marta 2017).

⁶¹ European Parliament and Council Directive (EC) 2003/71 on the Prospectus to be Published When Securities Are to Be Offered to the Public or Admitted to Trading and Amending Directive (EC) 2001/34, dostupno na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32003L0071> (datum pristupa: 15. marta 2017.)

⁶² European Parliament and Council Directive (EC) 2004/109 on the Harmonization of Transparency Requirements in Relation to Information About Issuers Whose Securities Are Admitted to Trading on a Regulated Market and Amending Directive (EC) 2002/34 O.J. (L 390), dostupno na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32004L0109> (datum pristupa: 12. aprila 2017.)

⁶³ Regulation (EC) No. 1606/2002 of the European Parliament and of the Council on the Application of International Accounting Standards, O. J. (L 243), dostupno na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX%3A32002R1606> (datum pristupa: 12. aprila 2017.)

⁶⁴ Directive 2007/36/EC of the European Parliament and of the Council of July 11, 2007 on the exercise of certain rights of shareholders in listed companies, O. J. (L 184/17), dostupno na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32007L0036> (datum pristupa: 15. aprila 2017.)

⁶⁵ European Parliament and Council Directive (EC) No. 2006/43 of May 17, 2006, on Statutory Audits of Annual Accounts, amending Council Directive (EEC) No. 78/660 and Council Directive (EEC) No. 83/349/EEC and repealing Council Directive (EEC) No. 84/253, O.J. (L 157), dostupno na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32006L0043> (datum pristupa: 17. aprila 2017.)

od principa “pridrđavaj se ili objasni” i usmjerena je na korporativno upravljanje na naćin što od javnih kompanija zahtijeva objavljivanje informacija o stepenu primjene nacionalnih propisa o Kodeksu korporativnog upravljanja, sistemu nadzora i upravljanja rizicima.

U pogledu duđnosti lojalnosti, mođe se rezimirati da iako nedostaju zajednićke mjere na nivou EU, u većini evropskih drđava to pitanje se rješava na nacionalnom nivou (preovlađujuće indirektno) i ne toliko strogo kao u jurisdikcijama *common law*-a. Ipak, znaćaj ove duđnosti snađnije je prepoznat i usmjereni su konkretni napori u borbi protiv najvećih negativnih efekata zanemarivanja ove duđnosti, prvenstveno u pogledu: 1) posloводства sa samim sobom i 2) konflikta interesa. Novi regulatorni zamah za modernizaciju privrednopravnog zakonodavstva i unaprijeđenje korporativnog upravljanja uoćen je u Evropi neposredno prije izbijanja Svjetske finansijske krize 2007. – 2008. godine, kratko je sumiran od strane Evropske komisije u komentaru na Godišnju direktivu o raćunovodstvu (“*Annual Accounts Directive*”⁶⁶), koja predviđa objavljivanje informacija o korporativnom upravljanju evropskih javnih kompanija: “Komisija je jasno izrazila svoje uvjerenje da će više nacionalnih kodeksa korporativnog upravljanja koji konvergiraju prema najboljoj praksi, lakše vratiti povjerenje u trđište kapitala u svijetlu skandala koji su uzdrmali povjerenje u neke evropske kompanije. Iz tog razloga je isti nedavno predstavljen na Evropskom forumu za korporativno upravljanje...Ali da se konvergencija najbolje mođe postići izgradnjom na nacionalnim tradicijama, a ne pokušajem iznalaženja rješjenja koje odgovara svima”⁶⁷.

Međutim, ekspanzija savremenog privrednog prava se odvija neizbježno u smjeru sve veće internacionalizacije, te slijedstveno tome i procesa pravne transplantacije⁶⁸ efikasnih i cjelishodnih

⁶⁶ Directive 2006/46/EC od 14. juna 2006, O. J. (L 224), dostupno na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32006L0046> (datum pristupa: 7. maja 2017.)

⁶⁷ European Commission proposal for amending the Accounting Directives - Frequently Asked Questions European Commission - MEMO/04/246, dostupno na: http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-04-246_en.htm, (datum pristupa: 22. juna 2018.); D., Terziyski, op. cit., str. 5-6.

⁶⁸ Prvi koji je upotrijebio izraz „pravna transplantacija“ u smislu procesa prenošenja pravnih instituta iz jednog pravnog sistema u drugi bio A., Watson, *Legal Transplants – An Approach to Comparative Law*, Edinburgh, 1974, str. 21.

rješenja iz jednog sistema u drugi, koji se međusobno nezaustavljivo prepliću kroz razmjenu prednosti i odbacivanju nedostataka. U tom smislu, fiducijarne dužnosti se u kompanijskom pravu često navode kao najilustrativniji izraz pravne transplantacije iz anglosaksonskog pravnog sistema u zemlje evropskokontinentalnog pravnog sistema.

5. Koncept fiducijarnih dužnosti u nacionalnom pravu

Sveprisutna tendencija pravne transplantacije nije zaobišla ni srpskog zakonodavca (o čemu će biti više riječi u poglavlju posvećenom nacionalnom regulatornom okviru). Iako je intencija zakonodavca da sama privredna društva svojim internim aktima detaljnije razrade način odnosno modele vođenja poslovanja društva od strane direktora, zakonom su definisane posebne dužnosti koje imaju određena lica prema privrednom društvu, a koje u esenciji predstavljaju „ograničavanje” poslovnog prava direktora društva i osnov za razmatranje obima i karaktera njegove pravne odgovornosti.⁶⁹ Tako aktuelni Zakon o privrednim društvima (u daljem tekstu: ZPD) propisuje da su subjekti posebnih dužnosti u obavezi: 1) da izvršavaju svoje poslove savjesno, sa pažnjom dobrog privrednika, i u razumnom uvjerenju da djeluju u najboljem interesu društva⁷⁰; 2) da obavijeste društvo o postojanju ličnog interesa (ili interesa povezanog lica) u pravnom poslu koji društvo zaključuje, odnosno pravnoj radnji koju društvo preuzima, kako bi dobili odgovarajuće odobrenje⁷¹; 3) da izbjegavaju sukobe interesa sa društvom⁷²; 4) da poštuju zabranu konkurencije društvu⁷³; i 5) da čuvaju poslovnu tajnu.⁷⁴ U skladu sa čl. 61 Zakona o privrednim društvima posebne dužnosti⁷⁵ prema društvu imaju:

⁶⁹ M., Joksović, Konceptualno shvatanje pravne odgovornosti direktora u korporativnom pravu, *Pravo – teorija i praksa*, br. 10-12/2016, str. 6-9.

⁷⁰ član 63., ZPD.

⁷¹ član 65. i član 66., ZPD.

⁷² član 69., ZPD.

⁷³ član 75., ZPD.

⁷⁴ član 72., ZPD.

⁷⁵ član 61., ZPD.

- 1) ortaci i komplementari;
- 2) članovi društva sa ograničenom odgovornošću koji posjeduju značajno učešće⁷⁶ u osnovnom kapitalu društva ili član društva sa ograničenom odgovornošću koji je kontrolni član društva;
- 3) akcionari koji posjeduju značajno učešće u osnovnom kapitalu društva ili akcionar koji je kontrolni akcionar⁷⁷ društva;
- 4) direktori, članovi nadzornog odbora, zastupnici i prokuristi; kao i
- 5) likvidacioni upravnik.

Krug lica za koje je zakon ustanovio da imaju posebne dužnosti se ne može sužavati internim aktima društva. Ipak, zakon je ostavio mogućnost da se osnivačkim aktom, odnosno, statutom mogu i druga lica odrediti kao lica koja imaju posebne dužnosti prema društvu, čime je očuvana autonomija društva.

Odgovornost ovih lica je ugovorne prirode⁷⁸ jer proizilazi iz njihovog prethodno ustanovljenog pravnog odnosa (ugovor sa prirodom mandata) sa privrednim društvom. Za neispunjenje

⁷⁶ Značajno učešće u osnovnom kapitalu društva podrazumijeva da jedno ili više lica djelujući zajedno (zajednički utičući na poslovanje društvom upotrebom svog kapital učešća), posjeduju više od 25% akcija sa pravom glasa.; član 62., ZPD.

⁷⁷ Kontrolni član društva sa ograničenom odgovornošću/akcionar samostalno ili sa povezanim licima posjeduje više od 50% akcija sa pravom glasa, odnosno, odnosno, većinsko učešće u osnovnom kapitalu društva što mu omogućava ostvarivanje kontrole u upravljanju akcionarskim društvom. Ostvarivanje kontrole odnosi se na pravo ili mogućnost jednog lica da, samostalno ili sa drugim licima koja sa njim zajednički djeluju, vrši kontrolni uticaj na poslovanje drugog lica putem učešća u osnovnom kapitalu, ugovora ili prava na imenovanje većine direktora, odnosno članova nadzornog odbora. Pod zajedničkim djelovanjem podrazumijeva se slučaj kada dva ili više lica, na osnovu međusobnog izričitog ili prećutnog sporazuma, koriste glasačka prava u određenom licu ili preduzimaju druge radnje u cilju vršenja zajedničkog uticaja na upravljanje ili poslovanje tog lica.; član 62., ZPD.

⁷⁸ Osnovna razlika između ugovorne i vanugovorne (deliktne) odgovornosti javlja se u vezi sa postojanjem, odnosno nepostojanjem obaveze koja prethodi odgovornosti za štetu. Ugovorne odgovornosti nema ako prethodno nije postojala punovažna obaveza iz nekog obligacionog odnosa koja nije izvršena ili nije uredno

ustanovljenih dužnosti, odnosno postupanje suprotno njima, ova lica mogu da odgovaraju imovinskoppravno, statusnopravno, a u nekim situacijama i kaznenopravno. Kada je riječ o imovinskoj odgovornosti, ona je zasnovana na krivici. Ona nije objektivna, što znači da je potrebno utvrditi odgovarajuću vrstu i stepen krivice, zavisno od toga o kojoj povredi je riječ.⁷⁹

6. Dužnost pažnje (*“The duty to act in good faith or bona fide in the interest of the company”*)

Dužnost pažnje, tj. dužnost da se postupa u dobroj vjeri u interesu društva je dužnost najvećeg stepena apstrakcije u srpskom pravu. Članom 63. Zakona o privrednim društvima propisano je da je krug odgovornih subjekata dužan da u tom svojstvu izvršava svoje poslove savjesno, sa pažnjom dobrog privrednika i u razumnom uvjerenju da djeluju u najboljem interesu društva. U tom smislu zakonodavac standard “pažnje dobrog privrednika” određuje kao stepen pažnje sa kojom bi postupalo razumno pažljivo lice koje bi posjedovalo znanje, vještine i iskustvo koje bi se osnovano moglo očekivati za obavljanje te dužnosti u društvu. Zakon dalje navodi da ukoliko odgovorno

izvršena. Tek ukoliko dođe do povrede ugovorne discipline nastupa ugovorna odgovornost i pravo na naknadu štete druge strane. Iz ovog proizlazi da je obaveza na naknadu štete kod ugovorne odgovornosti sekundarna, dok je primarna obaveza je ona koja je ustanovljena ugovorom. Kod vanugovorne odgovornosti nastupanje odgovornosti nije u vezi sa postojanjem ranije preuzete obligacione obaveze, budući da do trenutka nastupanja štete odgovorno i oštećeno lice nisu bili ni u kakvom odnosu osim onog opšteg odnosa u kome se nalaze sva lica, a po kojem je svako dužan da se uzdrži od radnji kojima se može prouzrokovati šteta drugome (čl. 16, ZOO). Otuda je deliktna odgovornost znatno šira i kod nje postoji širi krug odgovornih lica nego kod ugovorne odgovornosti.; N., Grujić, Odnos ugovorne i vanugovorne odgovornosti, *Zbornik Pravnog fakulteta u Nišu*, LII, str. 219-220.

⁷⁹ Z. Stefanović, *Komentar Zakona o privrednim društvima*, Beograd, 2017, str. 152.; Osnov odgovornosti potvrdio je i Privredni apelacioni sud: „Odgovornost lica koja imaju dužnost prema privrednom društvu za štetu pričinjenu društvu nije objektivna i ne zasniva se na činjenici da imaju određeno svojstvo u društvu, već je ova odgovornost subjektivna i zasniva se na njihovoj krivici.“, Rješenje Privrednog apelacionog suda Pž. 1253/2010, 22.04.2010 god.

lice posjeduje određena specifična znanja, vještine ili iskustvo, da će se, prilikom ocjene stepena pažnje, uzeti u obzir ta znanja, vještine i iskustvo.⁸⁰

Od lica koja su dužna da postupaju sa pažnjom dobrog privrednika se očekuje da postupaju sa povećanim stepenom pažnje tako da će, iz ugla odgovornosti, odgovarati ne samo za grubu nepažnju, već i za običnu nepažnju, a tim prije i za svjesni nehat ili namjeru. Osim pojačane pažnje, očekuje se od ovih lica i da iskoriste svoja znanja i iskustvo u obavljanju delatnosti, jer se pažnja dobrog privrednika razmatra, ne samo kroz povećani stepen pažnje, već i kvalitet koji je upravljen na obavljanje te djelatnosti. To ne moraju biti stručna znanja, niti pažnju dobrog privrednika treba izjednačavati sa pažnjom dobrog stručnjaka, ali se i od onog ko se bavi privrednom djelatnošću očekuje određeni stepen poznavanja te djelatnosti koji građanin koji to ne radi ne mora da ima. Ako, ipak, ova lica imaju i specijalna znanja i vještine, onda se računa sa tim da treba da ih primijene.⁸¹

Zakon o obligacionim odnosima ove kategorije definiše kroz dužnost strane u obligacionom odnosu da u izvršavanju svoje obaveze postupa sa pažnjom koja se u pravnom prometu zahtijeva u odgovarajućoj vrsti obligacionih odnosa (pažnja dobrog privrednika, odnosno pažnja dobrog domaćina) i kroz dužnost da u izvršavanju obaveze iz svoje profesionalne djelatnosti postupa sa povećanom pažnjom, prema pravilima struke i običajima (pažnja dobrog stručnjaka).⁸² Dakle ovo razlikovanje stepena pažnje određuje i nivo odgovornosti lica koja imaju posebne dužnosti prema privrednom društvu, pri čemu treba istaći da ta lica ne mogu biti pozvana na odgovornost ukoliko ne ostvare neki određeni poslovni rezultat, budući da ona prema društvu nemaju obavezu rezultata, već obavezu sredstava, tj. da postupajući prema standardu apstraktnog razumnog lica, savjesno djeluju u najboljem interesu društva.

⁸⁰ član 63., ZPD.; Subjektivizacija dužne pažnje kroz relevantnost znanja i vještina koje direktori moraju imati je zastupljena i u engleskoj teoriji.; J., Charles, G., Morse, *Company Law*, London, 1999, str. 277.

⁸¹ Z. Stefanović, op. cit., str. 156

⁸² član 18., ZOO.

Uporedna sudska praksa, posebno bogata u nekim američkim državama, značajno se razlikuje po ovom pitanju, naročito u pogledu odnosa dužnosti pažnje i pravila *business judgment rule*. Preovlađujuće je mišljenje da pravilo poslovne procjene pokriva običnu nepažnju (u procesu donošenja ili donošenja poslovnih odluka), dok, namjera i gruba nepažnja ostaju van dometa zaštite ovog pravila. Imajući to u vidu, može se konstatovati da je standard pažnje strožiji u kontinentalnoj zapadnoj Evropi (uključuje običnu nepažnju), nego u SAD-u (ne uključuje običnu nepažnju u korporativnoj odgovornosti jer se ona nalazi pod okriljem pravila poslovne procjene⁸³). Konačno, imajući u vidu karakteristike zemalja istočne Evrope u pogledu nestabilnosti zakonskih odredbi i nerazvijenosti tržišne privrede, jasno je zašto bi pravni režim obične nepažnje bio neadekvatan u pogledu korporativne odgovornosti. U tom vidu, često istican argument je da veći stepen pažnje (odgovornost na osnovu obične nepažnje) može podstaći strana ulaganja u te zemlje⁸⁴, te da ovakav režim odgovornosti pogoduje njihovom razvoju.

Zakon dozvoljava i mogućnost da subjekti posebnih dužnosti prema privrednom društvu svoje postupanje zasnivaju i na informacijama i mišljenjima lica stručnih za odgovarajuću oblast, za koje razumno vjeruju da su u tom slučaju savjesno postupala, te su u tom slučaju oslobođeni odgovornosti za eventualnu štetu koja bi u tom slučaju nastala za društvo.⁸⁵ Oni se mogu pouzdati

⁸³ Tako je u jednoj od presuda američkih sudova navedeno: „Često se tvrdi da su direktori korporacije i menadžeri odgovorni za običnu nepažnju u obavljanju korporativnih dužnosti, ali očigledno da je takva tvrdnja pogrešna. Dok će vozač automobila koji pogrešno procijeni brzinu i udaljenost, pa na taj način povrijedi pješaka, biti pozvan da nadoknadi štetu, korporativni direktor koji donosi pogrešne procjene u pogledu ekonomskih uslova, preferencija potrošača ili efikasnosti proizvodnih linija, rijetko će kada biti odgovoran za štetu koja usled toga nastane korporaciji“.; D., Branson, *Corporate Governance*, Washington, 1993, str. 373.

⁸⁴ M., Vasiljević, *Civil Law and Business Judgement Rule*, *Annals FLB – Belgrade Law Review*, br. 3, 2012, str. 20-2.

⁸⁵ član 63., ZPD.; U obligacionim odnosima bitna zabluda se odnosi na pogrešnu predstavu u pogledu bitnih svojstva predmeta, lica sa kojim se zaključuje ugovor ako se zaključuje sa obzirom na to lice, kao i na okolnosti koje se po običajima u prometu ili po namjeri stranaka smatraju odlučnim, a strana koja je u zabludi ne bi inače zaključila ugovor takve sadržine. (član 61., ZOO) Na osnovu toga proizilazi da, ukoliko direktor društva zaključi određeni ugovor pouzdajući se u mišljenja revizora ili drugih stručnih lica, biće

u ovakva mišljenja ako je, prema okolnostima koje su im bile poznate, izgledalo da su te informacije, odnosno mišljenja tačna. Dakle, ako se šteta ne može pripisati u krivicu ovim licima, što znači ako šteta nije mogla da se predvidi ili izbjegne čak ni sa pojačanim stepenom pažnje, pa čak ni korišćenjem znanja i iskustva ili stručnih savjeta trećih lica, onda ova lica nisu odgovorna za štetu koju društvo trpi zbog njihovih radnji ili odluka.⁸⁶

Ovo je u skladu sa čl. 263 Zakona o obligacionim odnosima koji propisuje da se dužnik oslobađa odgovornosti za štetu ako dokaže da nije mogao da ispuni svoju obavezu, odnosno da je zakasnio sa ispunjenjem obaveze zbog okolnosti nastalih posle zaključenja ugovora koje nije mogao spriječiti, otkloniti ili izbjeći.⁸⁷ To upućuje da srpsko pravo nije prihvatilo čisto subjektivni pojam odgovornosti za povredu ugovora, budući da se zakon opredjeljuje za objektivno-subjektivni kriterijum za oslobođenje od ugovorne odgovornosti.⁸⁸

oslobođen odgovornosti za štetu koja tom prilikom nastane za društvo, samo ukoliko je postupao savjesno i bio u zabludi u pogledu bitnih svojstava predmeta ugovora, lica sa kojim zaključuje ugovor ili odlučnih okolnosti, budući da se isključivo bitna zabluda smatra relevantnom.

⁸⁶ Z. Stefanović, op. cit, str. 157.

⁸⁷ član 263., ZOO.

⁸⁸ Naime, kod vanugovorne odgovornosti štetnik se može osloboditi od odgovornosti samo ako dokaže da nije kriv, tj. da je šteta nastala bez njegove krivice. Međutim, u oblasti ugovorne odgovornosti, dužnik se ne može braniti dokazujući da nije kriv, budući da se smatra krivim uvijek ako se ponašao suprotno ugovoru (jer je ugovorom propisano šta je dužan da učini). On se može osloboditi odgovornosti samo ako dokaže da je šteta nastupila usled okolnosti nastalih nakon zaključenja ugovora, a koje on nije mogao sprečiti, otkloniti ili izbjeći. Dakle, dužnik se može osloboditi odgovornosti za povredu ugovora samo u slučaju nastupanja više sile. Prema starijim pravnim izvorima, kod deliktne odgovornosti teret dokazivanja je bio na oštećenom, koji je morao da dokaže postojanje krivice štetnika, dok se kod odgovornosti u slučaju povrede ugovora krivica pretpostavljala (pravilo koje važi i danas). Dakle, ugovorna odgovornost se zasnivala na pretpostavljenoj, a vanugovornoj na dokazanoj krivici, u čemu se ogledao teži položaj tužioca kod vanugovorne odgovornosti, jer je na njemu bio teret dokazivanja o krivici. Današnji ZOO propisuje da je i u oblasti vanugovorne odgovornosti štetnik dužan naknaditi štetu ukoliko ne dokaže da je ona nastala bez njegove krivice (čl. 154, ZOO). Tim uvođenjem odgovornosti po osnovu pretpostavljene krivice, razlika u teretu dokazivanja između ugovorne i deliktne odgovornosti je praktično iščezla.; N., Grujić, op. cit., str. 222-6.

Kriterijumi objektivnog karaktera pretpostavljaju pravni standard pomoću kojeg se procjenjuje da li se konkretno lice ponaša kao druga lica sličnih svojstava, pri čemu treba imati u vidu da jedna mjerila služe kao objektivna mjerila kod utvrđivanja nepažnje za određenu kategoriju lica (stručna lica određene oblasti) i upoređuju se sa svojstvima tih kategorija lica, dok se primjenjuju druga mjerila kod kategorija lica koja ne spadaju u kategoriju stručnjaka (npr. kod “običnog - prosječnog” čovjeka⁸⁹). Primjenom tih kriterijuma, prilagođenih kategoriji lica čija se odgovornost razmatra, procjenjuje se da li je određeno lice pažljivo postupalo (upoređujući sa ponašanjem drugih lica).⁹⁰ Kod objektivnog shvatanja krivice stepenovanje krivice ni formalno-logički nije moguće, budući da ona postoji i slučaju najmanjeg odstupanja od očekivanog ponašanja u tipiziranim situacijama.⁹¹

Evidentno je da se srpski zakonodavac vodio objektivno-subjektivnim kriterijumom prilikom određivanja zahtijevanog stepena pažnje u vođenju poslova društva, koji je poslednjih godina postao vodeći trend u većini država EU. Dužnost pažnje je subjektivizirana i zahtijeva od odgovornih lica da vrše svoja ovlašćenja i obavljaju svoje dužnosti rukovodeći se onim u šta

⁸⁹ Pri prosuđivanju da li je lice koje je štetu prouzrokovalo, krivo ili ne, tj. da li se ponašalo kako je trebalo, sud vodi računa o redovnom toku stvari i o tome šta se od razumnog i pažljivog čovjeka moglo osnovano očekivati u datim okolnostima.; M., Konstatinović, *Skica za Zakonik o obligacijama i ugovorima*, Beograd, 1996, str. 78.

⁹⁰ U zavisnosti od stepena nepažnje razlikujemo krajnju i običnu nepažnju. Krajnja nepažnja (*culpa lata*) je takav oblik krivice, kada određeno lice u konkretnoj situaciji, nije postupalo sa stepenom pažnje prosječnog čovjeka, odnosno prosječnog stručnjaka (ukoliko se stepen nepažnje procjenjuje za ovu kategoriju lica). Krajnja nepažnja nije apsolutan, već relativan pojam, što sud utvrđuje u svakom konkretnom slučaju. Obična nepažnja (*culpa levis*) je takav oblik krivice, kada određeno lice u konkretnoj situaciji nije postupalo kao naročito dobar čovjek, ili naročito dobar stručnjak (zavisno od toga za koju kategoriju lica se procjenjuje ovaj stepen krivice). Za razliku od krajnje nepažnje, gdje se određeno lice upoređuje sa „prosječnim čovjekom” ili “prosječnim stručnjakom”, kod obične nepažnje se upoređuje sa zamišljenim-apstaktnim - naročito pažljivim licem, odnosno naročito pažljivim stručnjakom (*culpa levis in abstracto*). Prema tome, obična nepažnja je pravni standard za postupanje sa povišenim stepenom pažnje.; Centar za edukaciju sudija i tužilaca, *Naknada štete*, Banja Luka, 2006, str. 76-7.

⁹¹ J., Salma, Pravne osobine građansko-pravne odgovornosti, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 1–2, 2008, str. 92.

vjeruju da je u najboljem interesu društva. Međutim ova dužnost ima i objektivni element (standard pažnje razumnog čovjeka) koji se sastoji u opciji da sud može intervenirati ako se radi o postupku za koji nijedan razumni direktor ne bi mogao osnovano vjerovati da je donijeta u najboljem interesu privrednog društva.⁹² Dakle, ovo shvatanje krivice ne znači da je napuštena tzv. subjektivna odgovornost i da se tom vrstom krivice prelazi na teren objektivne odgovornosti. Naime, kod objektivne odgovornosti odgovorno lice, u nedostatku krivice se ne može osloboditi odgovornosti, za razliku od materije subjektivne odgovornosti gdje se odgovornost može osloboditi ukoliko dokaže da se pridržavao potrebnih standarda pažnje.⁹³ To znači da sudovi, po pravilu, ne utvrđuju odgovornost članova upravnog odbora za odluke koje donose, osim ako se ne radi o odlukama koje nijedan razuman direktor ne bi donio. Dužnost pažnje podrazumijeva kako povećani stepen pažnje, tako i kvalitet obavljanja djelatnosti što iziskuje mnogo više od prostog pasivnog prihvatanja raspoloživih informacija⁹⁴, već kritički osvrt i detaljnu procjenu kako potencijalnih prednosti, ali i često neizvjesnih poslovnih rizika u turbulentnom privrednom životu.

Dakle, direktori, članovi nadzornog odbora, zastupnici i prokuristi, likvidacioni upravnik u srpskom pravu odgovaraju kako za krajnju, tako i za običnu nepažnju, tako da društvo može ponijeti tužbu za naknadu štete koja mu je prouzrokovana povredom dužnosti pažnje.⁹⁵ Ukoliko društvo dokaže postojanje njihove krivice oni odgovaraju po opštim pravilima odgovornosti za štetu. Ovdje treba posebno istaći da uprkos činjenici da pripadaju krugu lica koja imaju posebne dužnosti prema društvu, članovi društva sa ograničenom odgovornošću koji poseduju značajno učešće u osnovnom kapitalu društva, kontrolni član, kao i akcionari koji poseduju značajno učešće

⁹² N., Leevlys: Director's Duties – Is Statutory Codification Needed?, *The Cayman Islands Law Reform Commission*, 2014, str. 19.

⁹³ J., Salma, op. cit, str. 93.

⁹⁴ Ajzenberg izdvaja četiri pojavna oblika dužnosti pažnje: dužnost nadgledanja (monitoringa) poslovanja privrednog društva; dužnost istraživanja, odnosno praćenja primljenih informacija, a koje osnovano predstavljaju razlog za brigu; dužnost sprovođenja razumnog postupka poslovnog odlučivanja i dužnost donošenja razumnih odluka.; B., Mihajlović: *Dužnost lojalnosti prema privrednom društvu*, Kragujevac, 2017, str. 44.

⁹⁵ član 64., ZPD.

u osnovnom kapitalu društva i kontrolni akcionar ne podliježu dužnosti pažnje, tako da se protiv njih ne može podnijeti tužba za naknadu štete nastale povredom te dužnosti.

7. Dužnost lojalnosti („*The duty of loyalty*“)

O navedenoj dužnosti već je bilo riječi u dijelu razmatranja anglosaksonske pravne tekovine fiducijarnih dužnosti, a odnosi da direktori moraju djelovati *bona fide* u onom što smatraju da je u najboljem interesu privrednog društva. I ova dužnost je na subjektivnom terenu i najširu interpretaciju je doživjela od strane Delaverskih sudova:

“Odgovornim licima u privrednom društvu nije dozvoljena zloupotreba svog položaja povjerenja u cilju zadovoljavanja njihovih privatnih interesa. Javna politika, koja postoji tokom godina i koja je izvedena iz opsežnog poznavanja ljudskih karakteristika i motiva, ustanovila je pravilo koje zahtjeva od korporativnog direktora: bezrezervnu i neumoljivu privrženost svojoj dužnosti, a ne samo načelnu zaštitu interesa korporacije, uzdržavanje od svih postupaka kojima bi bila prouzrokovana šteta korporaciji, uskraćen profit ili poslovna mogućnost koju bi mogao omogućiti svojim vještinama i sposobnostima u okviru zakonitom izvršavanju svojih ovlašćenja. Dakle, riječ je o pravilu koje zahtjeva nepodijeljenu i nesebičnu odanost korporaciji u smislu nepostojanja konflikta dužnosti i interesa”.⁹⁶

U kontinentalnom pravu, dužnost lojalnog postupanja je znatno snishodljivije ušla na normativni teren. Na početku XIX vijeka, njemački sudovi su prihvatili dužnost lojalnosti isključivo u onim društvima u kojima postoji uska povezanost članova društva sa pravnim subjektivitetom društva, tj. društvima lica. Riječ je o društvima u kojima dužnost lojalnosti proizlazi iz međuzavisnosti koja postoji među članovima, budući da je u navedenim društvima lični doprinos svakog člana bitan za ostvarenje cilja radi kojeg je društvo osnovano. Ipak, 1975. godine, Savezni vrhovni sud proširio je dužnost lojalnog postupanja i na članove društva s ograničenom odgovornošću, budući da je u pravilu riječ o malobrojnim društvima čiji se članovi najčešće međusobno poznaju prije osnivanja

⁹⁶ W., Lafferty, L., Schmidt i D., Wolfe: A Brief Introduction to the Fiduciary Duties of Directors Under Delaware Law, *Pennsylvania state Law Review*, vol. 116:3, 2012, str. 841.

društva, a uz to je uobičajeno da su svi, ili barem jedan član, ujedno i direktori društva. Naposljetku je Savezni vrhovni sud priznao kako dužnost lojalnog postupanja obvezuje i članove akcionarskih društava, iako je riječ o licima koja, u pravilu, nisu međusobno povezani ličnim vezama, a najčešće se međusobno uopšte ne poznaju. Najprije je, 1988. godine, u presudi *Linotype*⁹⁷ ustanovio kako dužnost lojalnog postupanja obavezuje većinske akcionare u odnosu prema manjinskim, a potom je 1995. godine, presudom *Girmes*⁹⁸ obavezu lojalnog postupanja proširio i na manjinske akcionare.⁹⁹ Kako je utvrđeno u čuvenom slučaju *Girmes* pred Saveznim sudom (nem. *Bundesgerichtshof – BGH*), akcionari imaju dužnost lojalnosti kako prema društvu, a tako i u svojim međusobnim odnosima. Dakle, fiducijarne dužnosti akcionara jednih prema drugima su novijeg datuma i po mišljenjima nekih autora smatraju se čak i najznačajnijim institutom zaštite manjinskih članova.¹⁰⁰ Međutim, u uporednopravnoj regulativi, ovo pitanje nije uniformno riješeno budući da se pristup znatno razlikuje od zemlje do zemlje. Članovi društva kapitala su subjekti dužnosti lojalnosti u pravu SAD-a i Njemačke, što nije slučaj u Velikoj Britaniji.¹⁰¹ Naime, postoje dve kredibilne opcije kojima zakonodavac može pristupiti u regulisanju dužnosti lojalnosti. Prva je propisivanje dužnosti uzajamne lojalnosti svim članovima društva ili da se konkretne dužnosti predvide samo za kontrolne članove kao lica koja se mogu izjednačiti sa kategorijom *de facto* direktora. Srpski zakonodavac optirao je treću soluciju koja nije

⁹⁷ Linotype decision, BGHZ 103, 184 (1988).

⁹⁸ Girmes Decision, BGHZ 129, 136 (1995).

⁹⁹ Npr. u slučaju kada bi manjinski akcionar koristio svoje pravo na postavljanje pitanja upravi na način da time uskraćuje ili ograničava pravo ostalih akcionara na postavljanje pitanja (tipa jer je postavio toliko pitanja da uprava objektivno ne može na njih odgovoriti u vremenu koje je predviđeno za trajanje glavne skupštine), riječ je o nelojalnom postupanju manjinskih akcionara prema ostalim akcionara, jer je obaveza akcionara (koja proizlazi iz načela lojalnosti) postavljati pitanja na način da se ne ometa rad skupštine i ne uskraćuje niti ograničava pravo ostalih dioničara na ostvarivanje istog prava.; T., Hasić, op. cit., str. 796-799.

¹⁰⁰ T., Brinkman, Minority Protection under Section 459 of the Companies Act 1985, A Comparison with the Law of the German GmbH, *European Business Law Review*, br. 1, 2002, str. 71.; J. Lepetić, *Komanijskopравни režim sukoba interesa*, Beograd, 2014, str. 95-6.

¹⁰¹ K. E., Sørensen, Duty of loyalty for shareholders – a possible remedy for conflicts in SMEs?, *Nordic and European Company Law Working Paper*, br. 10-01, 2010, str. 169.

utemeljena na načelu ravnopravnosti, budući da je predvidjeo da su subjekti dužnosti samo članovi društva sa značajnim kapital učešćem, kao i kontrolni članovi i njihove dužnosti rezervisao isključivo prema društvu, a ne i prema ostalim članovima. Taj pristup je i dosledan samom cilju instituta posebnih dužnosti u srpskom pravu – zaštiti društva, a ne njegovih članova.¹⁰²

Za razliku od Zakona o privrednim društvima iz 2004. godine¹⁰³ koji je izričito propisivao dužnost lojalnosti, aktuelni zakon ne upotrebljava termin lojalnost, čime se stiče utisak da je tim pristupom zakonodavac pokušao da apstraktnu prirodu načela lojalnosti konkretizuje setom odredbi:

7.1. Dužnost prijavljivanja poslova i radnji u kojima postoji lični interes

Član 65. ZPD-a obavezuje odgovorna lica (ortak, komplementar, član društva sa organičenom odgovornošću koji posjeduje značajno učešće u osnovnom kapitalu društva, kontrolni član društva sa organičenom odgovornošću, akcionar koji posjeduje da obavijeste značajno učešće u osnovnom kapitalu društva, kontrolni akcionar, direktor, član nadzornog odbora, zastupnik, prokurista, likvidacioni upravnik) da obavijeste odbor direktora (odnosno nadzorni odbor ako je upravljanje

¹⁰² Interesantno je primijetiti da sa obzirom na činjenicu da se u Srbiji u poziciji akcionara sa značajnim kapital učešćem često nalazi država, problem može postati i politički. Prisustvo države kao akcionara u situacijama sukoba interesa, govori o tome da se ne radi samo ili uopšte o pitanjima naknade štete, već o političkim pitanjima. U tom smislu, propisivanje posebnih dužnosti za članove sa većinskim kapital učešćem za posljedicu ima mogućnost podnošenja individualnih i derivativnih tužbi protiv države, što hipotetički može rezultirati negativnim efektima po državu kao akcionara sa značajnim kapital učešćem u svijetlu privatizacije.; J. Lepetić, op. cit., str. 137-153.

¹⁰³ Lica koja imaju dužnost prema društvu dužna su da postupaju savjesno i lojalno prema privrednom društvu, a ukoliko imaju lični interes, dužna su naročito da: ne koriste imovinu privrednog društva u ličnom interesu; ne koriste povlašćene informacije u privrednom društvu za lično bogaćenje; ne zloupotrebljavaju pozicije u privrednom društvu za lično bogaćenje; ne koriste poslovne mogućnosti privrednog društva za svoje lične potrebe i sl. (u daljem tekstu: dužnost lojalnosti).; Zakon o privrednim društvima („Službeni glasnik RS“, br. 125/04).

društvom dvodomno) o postojanju ličnog interesa (ili interesa sa njim povezanog lica) u pravnom poslu koji društvo zaključuje, odnosno pravnoj radnji koju društvo preduzima. U slučaju društva koje ima jednog direktora takvo obaveštenje se upućuje se skupštini akcionara, odnosno nadzornom odboru ako je upravljanje društvom dvodomno.

Pod ličnim interesom u smislu Zakona podrazumijeva se:

- 1) zaključivanja pravnog posla između društva i tog lica (ili sa njim povezanog lica); ili
- 2) pravne radnje (preduzimanje radnji u sudskim i drugim postupcima, odricanje od prava i slično) koju društvo preduzima prema tom licu (ili prema sa njim povezanim licem); ili
- 3) zaključivanja pravnog posla između društva i trećeg lica, odnosno preduzimanja pravne radnje društva prema trećem licu, ako je to treće lice sa njim (ili sa njim povezanim licem) u finansijskom odnosu i ako se može očekivati da postojanje tog odnosa utiče na njegovo postupanje; ili
- 4) zaključivanja pravnog posla, odnosno preduzimanja pravne radnje društva iz koje treće lice ima ekonomski interes, ako je to treće lice sa njim (ili sa njim povezanim licem) u finansijskom odnosu i ako se može očekivati da postojanje tog odnosa utiče na njegovo postupanje.

Ovo nije iscrpna lista slučajeva u kojim postoji lični interes, ali jeste izvjesna budući da u navedenim situacijama lični interes nesumnjivo postoji.

Za zaključivanje pravnog posla, odnosno preduzimanje pravne radnje u kojima postoji lični interes potrebno je odobrenje društva, koje se daje na zakonom propisan način (ukoliko drugačije nije određeno osnivačim aktom, odnosno statutom):

- 1) u slučaju ortačkog društva, odnosno komanditnog društva, većinom glasova svih ortaka, odnosno komplementara koji nemaju lični interes;
- 2) u slučaju društva sa ograničenom odgovornošću, ako postoji lični interes direktora, običnom većinom glasova svih članova društva koji nemaju lični interes, odnosno od strane nadzornog odbora ako je upravljanje društvom dvodomno, a ako postoji lični interes člana nadzornog odbora, odnosno člana društva, običnom većinom glasova svih članova nadzornog odbora koji nemaju lični interes, odnosno običnom većinom glasova svih članova društva koji nemaju lični interes;

- 3) u slučaju akcionarskog društva, ako postoji lični interes direktora, običnom većinom glasova svih direktora koji nemaju lični interes, odnosno od strane nadzornog odbora ako je upravljanje društvom dvodomno, a ako postoji lični interes akcionara običnom većinom svih direktora, odnosno od strane nadzornog odbora ako je upravljanje društvom dvodomno, a ako postoji lični interes člana nadzornog odbora, običnom većinom glasova svih članova nadzornog odbora koji nemaju lični interes.¹⁰⁴

Ovdje treba primijetiti jedan zakonodavni propust. Naime, zakon propisuje da odobrenje posla u kojem postoji lični interes akcionara, zavisi od odluke direktora, odnosno članova nadzornog odbora koji nemaju lični interes. Budući da skupština akcionarskog društva imenuje i razrješava kako direktore, tako i članove nadzornog odbora, to znači da o ličnom interesu akcionara odlučuju članovi organa koje imenuju akcionari, što bi moglo imati za posljedicu njihovo razješnje u slučaju da ne odobre predmetni posao. Iako je moguće da se statutom društva odredi da odobrenje poslova u kojima postoji lični interes daje isključivo skupština, ipak ostaje nejasno zašto je zakon ovo ovlašćenje dao prvenstveno direktorima, odnosno članovima nadzornog odbora. Iz tog razloga, zaključuje se da je način davanja odobrenja znatno bolje regulisan kod društva sa ograničenom odgovornošću, gdje o odobrenju predmetnog posla svi članovi društva koji nemaju lični interes.

Zakonom je propisan i krug situacija u kojima odobrenje nije potrebno, kada se radi o: 1) zaključivanju pravnog posla ili preduzimanju pravne radnje kada vrijednost predmeta tog posla ili pravne radnje iznosi manje od 10% od knjigovodstvene vrijednosti ukupne imovine društva iskazane u poslednjem godišnjem bilansu stanja; 2) postojanju ličnog interesa jedinog člana

¹⁰⁴ Ako uslijed broja članova odbora direktora koji nemaju lični interes u predmetnom poslu ne postoji kvorum za glasanje, ili ako se zbog jednake podele glasova članova odbora direktora, odnosno nadzornog odbora odluka ne može donijeti, predmetni posao odobrava skupština običnom većinom glasova prisutnih akcionara koji nemaju lični interes u tom poslu, odnosno običnom većinom glasova svih članova društva koji nemaju lični interes u tom poslu. U slučaju da odbor direktora, odnosno nadzorni odbor odobri pravni posao u kome postoji lični interes, o tome se obavještava skupština na prvoj narednoj sjednici.; član 66., ZPD.

društva¹⁰⁵; 3) postojanju ličnog interesa svih članova društva; 4) upisu, odnosno kupovini udjela/akcija po osnovu prava prečeg upisa, odnosno prava preče kupovine članova društva; 5) pribavljanju sopstvenih udjela, rezervisanih sopstvenih udjela, odnosno akcija od strane društva, ako se to pribavljanje vrši u skladu sa odredbama ovog zakona koje se odnose na sopstvene udjele, odnosno akcije ili zakona kojim se uređuje tržište kapitala; 6) kada je član društva koji posjeduje značajno učešće u osnovnom kapitalu društva ili kontrolni član društva država, autonomna pokrajina ili jedinica lokalne samouprave.

Zakonom je previđena mogućnost da društvo podnese tužbu za poništaj pravnog posla, odnosno radnje, kao i pravo na naknadu štete od lica koje je imalo lični interes u tom poslu, odnosno pravnoj radnji, u slučaju da nije pribavljeno odobrenje pravnog posla, odnosno pravne radnje, a postojala je obaveza njegovog pribavljanja. Ista mogućnost predviđena je i u slučaju kada nadležnom organu društva prilikom donošenja odluke o odobravanju pravnog posla, odnosno preduzimanja pravne radnje nisu bile predstavljene sve činjenice od značaja za donošenje odluke.¹⁰⁶

Pored lica koji je učesnik predmetnog posla, za prouzrokovanu štetu društvu neograničeno solidarno odgovara i lica koje je sa njim povezano, ukoliko je ono bilo ugovorna strana u tom poslu, odnosno ako je prema njemu preduzeta pravna radnja, kao i treće lica u slučaju zaključenja pravnog posla između društva i trećeg lica, odnosno preduzimanja pravne radnje društva prema trećem licu, ako je to treće lice sa njim (ili sa njim povezanim licem) u finansijskom odnosu i ako

¹⁰⁵ Ovdje je interesantno primijetiti da se dužnost prijavljivanja poslova u kojima postoji lični interes ne odnosi na jedinog člana jednočlanog društva. U kontekstu dužnosti lojalnosti tu se može postaviti pitanje da li to može značiti da jedini član društva ne mora biti lojalan društvu? Sa tim je povezano i pitanje da li jedini vlasnik, koji sam vrši funkciju direktora društva, može uopšte i zaključivati ugovore sa društvom, budući da se tu faktički radi o zaključivanju ugovora sa samim sobom (iako to pravno nije slučaj, zbog pravnog subjektiviteta društva i odvojenosti imovine društva od imovine jedinog člana). Ukoliko bi se gledao samo interes jedinog člana u društvu, radilo bi se i o suštinskoj promjeni sadržine dužnosti lojalnosti u slučaju jednočlanog društva, kao atipične forme, jer bi to značilo da ta dužnost više nije usmjerena ka društvu, već prema njegovim članovima. Upravo iz razloga posebnog subjektiviteta društva u odnosu na jedinog člana, ova mogućnost se načelno dozvoljava, ali pod pretpostavkom da time ne dolazi do sukoba interesa između društva i njegovog jedinog člana.

¹⁰⁶ član 66., ZPD.

se može očekivati da postojanje tog odnosa utiče na njegovo postupanje, kao i slučaju zaključenja pravnog posla, odnosno preduzimanja pravne radnje društva iz koje treće lice ima ekonomski interes, ako je to treće lice sa njim (ili sa njim povezanim licem) u finansijskom odnosu i ako se može očekivati da postojanje tog odnosa utiče na njegovo postupanje.¹⁰⁷ Dok za odgovornost povezanog lica nesavjesnost nije potrebna, kod odgovornosti trećeg lica zakon propisuje, kao dodatni uslov postojanje nesavjesnosti u smislu da je treće lice znalo ili moralo znati za postojanje ličnog interesa u vreme zaključenja pravnog posla, odnosno preduzimanja pravne radnje.

Pošto zakon ovdje govori o standardu „moralo znati“ to znači da će ono odgovarati i ako je u odnosu na mogućnost saznanja postupalo sa grubom nepažnjom, ali ne i ako je propustilo to da sazna kao rezultat obične nepažnje.¹⁰⁸

Ukoliko se u postupku po tužbi utvrdi postojanje povrede pravila o odobravanju poslova u kojima postoji lični interes, nadležni sud će izreći i mjeru privremenog ograničenja prava vršenja funkcije direktora, člana nadzornog odbora, zastupnika ili prokuriste u trajanju od 12 meseci, koju dostavlja Agenciji za privredne registre radi upisa u Centralnu evidenciju privremenih ograničenja prava lica registrovanih u Agenciji za privredne registre.¹⁰⁹ Shodno Zakonu o centralnoj evidenciji privremenih ograničenja prava lica registrovanih u agenciji za privredne registre¹¹⁰, privremeno ograničenje prava jeste takav vid ograničenja koje za pravnu posljedicu ima privremenu nemogućnost da lice stekne ili vrši pravo ili registruje funkciju u privrednom subjektu ili pravnom licu, obavlja privrednu delatnost ili raspolaže novčanim sredstvima. U konkretnom slučaju osnov privremenog ograničenja je sudska presuda kojom nadležni sud utvrđuje postojanje povrede zakonom imenovanih posebnih dužnosti prema privrednom društvu (dužnost pažnje, dužnost prijavljivanja poslova i radnji u kojima postoji lični interes, dužnost izbjegavanja sukoba interesa, dužnost čuvanja poslovne tajne i dužnost poštovanja zabrane konkurencije) tj. postojanje povrede

¹⁰⁷ član 65., ZPD.

¹⁰⁸ Z. Stefanović, op. cit., str. 163.

¹⁰⁹ član 67., ZPD.

¹¹⁰ član 2., Zakon o centralnoj evidenciji privremenih ograničenja prava lica registrovanih u agenciji za privredne registre ("Službeni glasnik RS", br. 112/2015).

pravila o odobravanju povreda u kojima postoji lični interes subjekata posebnih dužnosti. Početak važenja privremenog ograničenja u odnosu na treća lica predstavlja datum upisa tog ograničenja prava u Centralnu evidenciju privremenih ograničenja prava lica registrovanih u agenciji za privredne registre, a svrha vođenja evidencije ogleda se u prikupljanju i pružanju informacija o poslovnoj pouzdanosti privrednih subjekata i odgovornih lica u njima. Brisanje podataka iz Centralne evidencije vrši se brisanjem od strane ovlašćenog lica obveznika upisa po isteku roka važnosti privremenog ograničenja, ako aktom rok nije bliže određen i u slučaju poništaja, ukidanja pravnog akta, odnosno klauzule pravnosnažnosti ili izvršnosti pravnog akta, na osnovu kog je izvršen upis privremenog ograničenja, kao i u drugim slučajevima propisanim zakonom, od strane registratora ili kada je osnov upisa prestao da postoji.¹¹¹

ZPD propisuje i dva izuzetka od postojanja povrede pravila o odobravanju poslova u kojima postoji lični interes. Dakle, neće se smatrati da je došlo do povrede pravila o odobravanju poslova u kojima postoji lični interes ako se u postupku dokaže 1) da je pravni posao, odnosno pravna radnja bila u interesu društva, kao i 2) kada nije postojao lični interes trećeg lica koje solidarno odgovara za štetu zajedno sa učesnikom predmetnog posla.¹¹² Treba smatrati da je pravni posao bio u interesu privrednog društva ako je ono iz pravnog posla ostvarilo neku dobit, odnosno korist, pri čemu visina koristi nije bitno manja od one koja je uobičajna za takvu vrstu pravnog posla. Kada je u pitanju treće lice, smatra se da ne postoji lični interes ako nijedno pravo ili obaveza trećeg lica ne zavise od tog pravnog posla, odnosno, radnje.¹¹³

7.2. Dužnost izbjegavanja sukoba interesa

Dužnost izbjegavanja sukoba interesa svodi se na zabranu odgovornim (ortak, komplementar, član društva sa ograničenom odgovornošću koji posjeduje značajno učešće u osnovnom kapitalu društva, kontrolni član društva sa ograničenom odgovornošću, akcionar koji posjeduje da

¹¹¹ član 19., ZPD.

¹¹² član 68., ZPD.

¹¹³ Z., Stefanović, op. cit., str. 164.

obavijeste značajno učešće u osnovnom kapitalu društva, kontrolni akcionar, direktor, član nadzornog odbora, zastupnik, prokurista, likvidacioni upravnik) i sa njima povezanim licama da u svom interesu ili u interesu sa njima povezanih lica: 1) koriste imovinu društva; 2) koriste informacije do kojih su došli u tom svojstvu, a koje inače nisu javno dostupne; 3) zloupotrebljavaju svoj položaj u društvu; 4) koriste poslovne mogućnosti za zaključenje poslova koje se ukažu društvu i to nezavisno od toga da li je društvo bilo u realnoj mogućnosti da iskoristi imovinu, informacije ili zaključi poslove u konkretnom slučaju.¹¹⁴ U slučaju povrede ove dužnosti, zakon propisuje pravo društva na tužbu za naknadu štete i prenos na društvo koristi koju je odgovorno lice, odnosno sa njim povezano lice, ostvarilo kao posljedicu povrede te dužnosti.

Istovremeno, zakonodavac dozvoljava izuzetak od ove obaveze u slučajevima kada je subjekt dužnosti pribavio prethodno ili naknadno odobrenje u skladu sa zakonom. Protiv lica koje povrijedi dužnost izbjegavanja sukoba interesa, kao i sa njim povezanog lica, društvo može podnijeti tužbu, kojom može tražiti: naknadu štete, kao i/ili prenos na društvo koristi koju je to lice, odnosno sa njim povezano lice, ostvarilo kao posljedicu te povrede dužnosti.¹¹⁵

Obaveza prenosa koristi koju je direktor ostvario povredom dužnosti prema društvu (engl. *account for profits, disgorgement of profits, disgorgement damages*) je institut anglosaksonskog pravnog sistema i ima za cilj sprječavanje „neosnovanog obogaćenja“ direktora.¹¹⁶ Dakle, uvođenjem instituta “prenosa koristi”, kao pravnog transplantata, on je dobio zakonsko utemeljenje u srpskom pravu, ali treba primijetiti da se taj institut teško uklapa u logiku i sistematiku srpskog građanskog prava, a posebno deliktne prava, u kojem je osnovna sankcija naknada štete oštećenom licu. To proizilazi iz načela obeštećenja, u skladu sa kojim oštećeno lice treba da bude dovedeno u stanje u kome bi bilo da šteta uopšte nije prouzrokovana. U tom smislu, fokus deliktne prava je na oštećenom licu i saniranju štetnih posljedica po njegovu imovinu. Nasuprot tome, institut prenosa koristi ima drugu logiku i ugao posmatranja. Ovdje je fokus na odgovornom, a ne na oštećenom licu, budući da je cilj da se imovina odgovornog lica dovede u stanje u kome bi bila da protivpravna

¹¹⁴ član 69., ZPD.

¹¹⁵ član 71., ZPD.

¹¹⁶ H., Fleischer, Legal Transplants in European Company Law – The Case of Fiduciary Duties, *European Company and Financial Law Review*, br. 2 (3), 2005, str. 397.

radnja nikada nije izvršena. Jedini pravni institut u opštem srpskom građanskom pravu koji počiva na sličnoj logici kao anglosaksonski institut prenosa koristi jeste naknada vrijednosti postignutih koristi kao posljedica sticanja bez osnova. Međutim, između ova dva instituta takođe postoji bitna razlika, koja se ogleda u tome da do sticanja bez osnova dolazi kada dio imovine „osiromašenog“ bez pravnog osnova pređe u imovinu „obogaćenog“, dok kod anglosaksonskog instituta “prenosa koristi” nije bitno šta se dešavalo sa imovinom društva (da li je došlo do umanjenja imovine ili ne), već je za primjenu date sankcije jedino relevantno da postoji uvećanje imovine (tj. koristi ili profit) na strani direktora.¹¹⁷

7.3. Dužnost čuvanja poslovne tajne

Poslovna tajna u smislu ZPD-a je podatak čije bi saopštavanje trećem licu moglo nanijeti štetu društvu, kao i podatak koji ima ili može imati ekonomsku vrijednost zato što nije opšte poznat, niti je lako dostupan trećim licima, a koja bi njegovom upotrebom ili saopštavanjem mogla ostvariti ekonomsku korist i koji je od strane društva zaštićen odgovarajućim mjerama u cilju čuvanja njegove tajnosti, kao i svaki drugi podatak koji je zakonom, drugim propisom ili aktom društva određen kao poslovna tajna.¹¹⁸

Treba istaći da se ne smatra povredom dužnosti čuvanja poslovne tajne ako je njeno saopštavanje neophodno: radi obavljanja poslova ili zaštite interesa društva, u cilju ispunjenja zakonom predviđenih obaveza i učinjeno nadležnim organima ili javnosti isključivo u cilju ukazivanja na postojanje djela kažnjivog zakonom.¹¹⁹ U slučaju povrede dužnosti čuvanja poslovne tajne,

¹¹⁷ M., Radović, Uticaj anglosaksonskog prava na srpsko kompanijsko pravo, *Strani pravni život*, 2019, str. 36-7.

¹¹⁸ Podatak u smislu poslovne tajne može biti proizvodni, tehnički, tehnološki, finansijski ili komercijalni, studija, rezultat istraživanja, kao i dokument, formula, crtež, objekat, metod, postupak, obavještenje ili uputstvo internog karaktera i slično, pri čemu se aktom društva ne mogu kao poslovna tajna odrediti svi podaci koji se odnose na poslovanje društva. član 72., ZPD.

¹¹⁹ čl. 73., ZPD.

društvo može podnijeti tužbu kojom može tražiti: naknadu štete i isključenje tog lica kao člana društva (ako je to lice član društva).¹²⁰

Obaveza čuvanja poslovne tajne zakonski je ustanovljena na period od dvije godine od dana prestanka tog svojstva, dok je ostavljena mogućnost da se osnivačkim aktom, statutom, odlukom društva ili ugovorom zaključenim sa tim licima predvidi da se taj period prolongira, ali ne u trajanju dužem od pet godina.

Vremensko ograničenje obaveze čuvanja poslovne tajne ne odgovara prirodi ove obaveze. Podatak može biti značajan i posle dvije godine, pa čak i posle pet godina od dana kada je nekom licu prestalo to svojstvo po osnovu koga mu je podatak postao poznat. Ovim se sva društva koja imaju neku poslovnu tajnu stavljaju u neugodnu situaciju da ne otkrivaju svoje tajne, jer će se one time otkriti trećim licima po prestanku statusa koji obavezuje na čuvanje tajne. Ipak, pored ovih odredbi može se primijeniti opšta zabrana prouzrokovanja štete, koja i dalje ostaje, bez obzira na to što je zakon isključio obavezu čuvanja poslovne tajne istekom određenih rokova.¹²¹

Treba primijetiti da ovo vremensko ograničenje nije predviđeno Zakonom o zaštiti poslovne tajne¹²² koji propisuje da zaštita poslovne tajne traje sve dok su informacije koje predstavljaju tu tajnu čuvane kao povjerljive.

¹²⁰ član 74., ZPD.

¹²¹ Z., Stefanović, str. 167-8.

¹²² Poslovnom tajnom, u smislu ovog zakona, smatra se bilo koja informacija koja ima komercijalnu vrijednost zato što nije opšte poznata, niti je dostupna trećim licima koja bi njenim korišćenjem ili saopštavanjem mogla ostvariti ekonomsku korist, i koja je od strane njenog držaoca zaštićena odgovarajućim mjerama u skladu sa zakonom, poslovnom politikom, ugovornim obavezama ili odgovarajućim standardima u cilju očuvanja njene tajnosti, a čije bi saopštavanje trećem licu moglo naneti štetu držaocu poslovne tajne. Poslovnom tajnom, smatraju se i neotkriveni podaci o testovima ili drugi podaci čije stvaranje zahtijeva odgovarajući napor i troškove, koji se podnose državnim organima radi dobijanja dozvole za stavljanje u promet lijekova, odnosno medicinskih sredstava ili poljoprivrednih hemijskih proizvoda koji koriste nova hemijska jedinjenja, kao i radi dobijanja akata kojima se dozvoljava stavljanje u promet biocidnih proizvoda, kao i drugi podaci koji su posebnim zakonom, drugim propisom ili aktom pravnog lica proglašeni poslovnom tajnom. član 4., član 6., Zakon o zaštiti poslovne tajne ("Službeni glasnik RS", br. 72/2011).

Ovdje treba naglasiti još jednu razliku između dužnosti čuvanja poslovne tajne u smislu ZPD-a, koji kao subjekte dužnosti određuje odgovorna lica (ortak, komplementar, član društva sa organičenom odgovornošću koji posjeduje značajno učešće u osnovnom kapitalu društva, kontrolni član društva sa organičenom odgovornošću, akcionar koji posjeduje da obavijeste značajno učešće u osnovnom kapitalu društva, kontrolni akcionar, direktor, član nadzornog odbora, zastupnik, prokurista, likvidacioni upravnik) i zaposlene u društvu. Sa druge strane, Zakon o zaštiti poslovne tajne propisuje da svako fizičko i pravno lice koje na osnovu zakona kontroliše poslovnu tajnu ima pravo da svim drugim licima zabrani da neovlašćeno pribave, otkriju ili koriste poslovnu tajnu, na način koji je suprotan zakonu i dobrim poslovnim običajima.

Na isti način, u slučaju povrede poslovne tajne, držalac poslovne tajne može podnijeti tužbu protiv svakog lica koje izvrši povredu poslovne tajne i da zahtijeva: prestanak radnji koje mogu dovesti do nezakonitog pribavljanja, korišćenja ili otkrivanja poslovne tajne i zabranu nezakonitog pribavljanja, korišćenja ili otkrivanja informacija koje predstavljaju poslovnu tajnu; sprečavanje prometa, odnosno oduzimanje i povlačenje iz prometa, izmjenu ili uništavanje svih predmeta koji sadrže informacije koje predstavljaju poslovnu tajnu, ako je te podatke moguće, posredno ili neposredno, vidjeti ili prenositi; naknadu štete, uključujući stvarnu štetu i izgubljenju dobit, a ako je povreda učinjena namjerno, tužilac može, umesto naknade imovinske štete, zahtijevati naknadu do trostrukog iznosa uobičajene naknade koju bi primio za konkretni oblik korišćenja predmeta zaštite¹²³, da je to korišćenje bilo zakonito; isključenje tog lica kao člana privrednog društva (ako je to lice član privrednog društva); raskid radnog odnosa za to lice (ako je to lice zaposleno u pravnom licu); objavljivanje presude u javnom glasilu o trošku tuženog.¹²⁴

7.4. Dužnost poštovanja zabrane konkurencije

Dužnost poštovanja zabrane konkurencije podrazumijeva zabranu imaoćima posebnih dužnosti (ortak, komplementar, član društva sa organičenom odgovornošću koji posjeduje značajno učešće u osnovnom kapitalu društva, kontrolni član društva sa organičenom odgovornošću, akcionar koji

¹²³ Ovo takođe predstavlja istaknutu razliku u odnosu na sankciju u slučaju povrede dužnosti čuvanja poslovne tajne, budući da društvo tužbom može tražiti samo naknadu štete.

¹²⁴ član 11., ZPD.

posjeduje značajno učešće u osnovnom kapitalu društva, kontrolni akcionar, direktor, član nadzornog odbora, zastupnik, prokurista) prema privrednom društvu da bez pribavljenog odobrenja ne mogu:

- 1) imati svojstvo odgovornog lica u drugom društvu koje ima isti ili sličan predmet poslovanja (konkurentskom društvu);
- 2) biti preduzetnik koji ima isti ili sličan predmet poslovanja;
- 3) biti zaposlen u konkurentskom društvu;
- 4) biti na drugi način angažovan u konkurentskom društvu;
- 5) biti član ili osnivač u drugom pravnom licu koje ima isti ili sličan predmet poslovanja.¹²⁵

Krug subjekata ove dužnosti se može proširiti osnivačkim aktom, odnosno statutom: kako personalno (i na druga lica), tako i temporalno na način njenog produženja i posle prestanka svojstva odgovornog lica, ali ne duže od dvije godine. Sa druge strane, internim aktima društva moguće je odrediti poslove, način ili mesto njihovog obavljanja koji ne predstavljaju povredu dužnosti poštovanja zabrane konkurencije. U slučaju povrede ove dužnosti, društvu je na raspolaganju podnošenje tužbe za: 1) naknadu štete; 2) prenos na društvo koristi koju je to lice ostvarilo kao posljedicu te povrede; kao i 3) isključenje tog lica kao člana društva, ako je to lice član društva.¹²⁶

Treba primijetiti da se za razliku od ZPD-a iz 2004. godine koji je propisivao dužnost zabrane konkurencije i za likvidacionog upravnika, aktuelni ZPD ga izuzima od ove dužnosti što je i logički opravdano, budući da likvidacija predstavlja način prestanka društva, te svojstvo likvidacionog upravnika u konkurentskom društvu ne može imati za posljedicu dugoročan sukob interesa.

Osnivačkim aktom ili statutom može se odrediti i da zabrana konkurencije koja je propisana zakonom ne važi u određenim situacijama. Izuzetak može biti definisan preko poslova na koje se

¹²⁵ član 75., ZPD.

¹²⁶ član 76., ZPD.

neće odnositi, preko načina njihovog obavljanja ili određenjem mjesta u kome zabrana neće važiti. Sam zakon isključuje primjenu sopstvenih normi o zabrani konkurencije, ako je reč o jedinom članu društva. Na njega se ne odnose norme o zabrani konkurencije u društvu čiji je on jedini član. Međutim, to ne znači se na njega ne odnose i norme u drugom društvu, ako on u njemu nije jedini član ili nije uopšte član, već ima neki drugi status na koji se odnose norme o zabrani konkurencije. U tom slučaju, zabrana ne važi iz ugla društva čiji je on jedini član, ali važi iz ugla drugog društva.¹²⁷

Na osnovu svega navedenog, proizilazi da se svrha dužnosti poštovanja zabrane konkurencije u srpskom pravu ne ogleda samo u zaštiti društva putem sprječavanja dugoročnog sukoba interesa lica sa dužnostima sa interesom društva koji nastaje sticanjem svojstva lica sa dužnostima u konkurentskom društvu, već i sprječavanje bilo kakvog angažovanja lica sa posebnim dužnostima u konkurentskom društvu. Međutim, postavlja se pitanje opravdanosti takve zabrane u slučaju kada se angažovanjem u konkurentskom društvu ne stiče svojstvo lica sa posebnim dužnostima, jer u tom slučaju ne dolazi do sukoba posebnih dužnosti jednog lica prema dva ili više različitih privrednih subjekata. Zaključuje se da zabrana angažovanja na drugi način u konkurentskom društvu, kao i zabrana sticanja svojstva člana ili osnivača u konkurentskom društvu (koje nisu postojale u Zakonu iz 2004. godine) nisu svrsishodne, jer se njima ne štiti interes društva što je svrha instituta posebnih dužnosti prema privrednom društvu, budući da lica koja nemaju svojstvo lica sa posebnim dužnostima u konkurentskom društvu ne mogu značajno uticati na njegovo poslovanje.¹²⁸

8. Neka sporna pitanja koncepta posebnih dužnosti u privrednom pravu

Jedno od najkontraverznijih pitanja pravne teorije posebnih dužnosti prema privrednom društvu jeste utvrđivanje međusobnog odnosa dužnosti pažnje i dužnosti lojalnosti, kao i da li treba dati jednoj prednost u odnosu na drugu. Kontraverzu dodatno naglašava činjenica da su oba tipa dužnosti u velikoj mjeri apstraktno i nedosledno i formulisana i tumačena, tako da je teško

¹²⁷ Z., Stefanović, op. cit. str. 171.

¹²⁸ J., Lepetić, *Kompanijskopравни režim sukoba interesa*, Beograd, 2014, str. 255.

napraviti jasnu distinkciju među njima. Dodatno pitanje je koliko bi bilo cjelishodno posmatrati ove dvije vrste dužnosti u svom izolacionizmu kada su obje produkt iste pravne tekovine i ustanovljene u službi ostvarenja istog opšteg cilja – zaštite interesa društva i njegovih akcionara. Dužnost pažnje je zasnovana na opšte poznatoj pretpostavci da bilo koje lice koje preuzme položaj čije obavljanje podrazumijeva rizik prouzrokovanja štete drugim licima, ima moralnu užnost da taj položaj obavlja sa odgovarajućim stepenom pažnje.¹²⁹ Ona je za razliku od dužnosti lojalnosti, imenovana ZPD-om kao posebna dužnost prema privrednom društvu (što je inače praksa u velikom broju zemalja EU). Povezanost dužnosti pažnje sa dužnošću lojalnosti uočljiva je već prilikom njihovog pojmovnog određenja budući da se obje svode na rad u najboljem interesu privrednog društva i savjesno postupanje lica koja su nosioci ovih dužnosti. Osim pojmovnog određenja, ove dužnosti veže i preventivnost djelovanja i istovrsnost opštih ciljeva – ograničenje diskrecionih ovlašćenja lica koja upravljaju privrednim društvom, kao i uspostavljanje mehanizma za poistovjećivanje dužnosti direktora i društva u pitanju, odnosno njegovih članova.¹³⁰

Pa u čemu je onda razlika između dužnosti lojalnosti i dužnosti pažnje?

Bez obzira na navedene suštinske sličnosti, ZPD pravi jasnu razliku u pogledu kruga subjekata na koje se ove dvije vrste dužnosti odnose, kao i u pogledu pravnih posljedica za slučaj njihove povrede. Krug subjekata dužnosti pažnje uži je od kruga subjekata dužnosti lojalnosti. Odgovornost za povredu dužnosti pažnje ograničena je samo na naknadu štete, dok odgovornost za povredu dužnosti lojalnosti podrazumijeva kako naknadu štete, tako i druge vidove imovinske, ali i statusne i krivične odgovornosti. Dužnost pažnje po svojoj prirodi i suštini predstavlja obavezu sredstva, a ne rezultata, što znači da su lica ovlašćena za poslove društva dužna da učine najbolje u njihovoj moći, ali ne i da garantuju postizanje dobrih, pozitivnih, poslovnih rezultata. Pored ove razlike, treba istaći da uz istovrsnost opštih, dužnost pažnje i dužnost lojalnosti imaju različite posebne ciljeve koji dolaze do izražaja u konkretnom slučaju njihove primjene. Dužnost pažnje je u uskoj vezi sa načinom i postupkom donošenja poslovnih odluka u najširem smislu, kao i načinom

¹²⁹ M., Eisenberg, *The Duty of Care of Corporate Directors and Officers*, *University of Pittsburgh Law Review*, br. 51/1990, 1990, str. 945.

¹³⁰ Mihajlović, op. cit., str. 43-44.

preuzimanja rizika u vođenju poslova društva, što je dio sastavnih poslova direktora. Sa druge strane, primjena dužnosti lojalnosti dolazi do izražaja u situacijama u kojima postoji “iskušenje” za lice sa posebnim dužnostima da zapostavi interes privrednog društva u korist svog (neposrednog ili posrednog) ličnog interesa.¹³¹

Najzad, postavlja se pitanje u kojoj mjeri su fiducijarne dužnosti zaista podesne da ostvare ciljeve zbog kojih su ustanovljene?

U svim pravnim sistemima se odgovornost članova uprave zbog postupanja protivno standardima ponašanja ubraja među najznačajnije vidove borbe protiv prvog agencijskog problema, zbog čega su neki autori zauzeli stanovište da „fiducijarni principi rukovode agencijskim odnosima“. Međutim, imajući u vidu brojna faktička i pravna ograničenja, efikasnost ovog načina zaštite ne treba glorifikovati. Prvo, širina i nedovoljna preciznost postavljenih standarda u okviru dužnosti lojalnosti i pažnje, čak i u sistemima izuzetne razvijenosti privrednog sudstva, ostavljaju veliku diskreciju sudijama da u svakom konkretnom slučaju donesu odluku koju smatraju ispravnom, te tako očigledna sudska sloboda u ovoj materiji stvara nepoželjan ambijent nepredvidljivosti i pravne nesigurnosti. Drugo, pitanje je i u kojoj su mjeri sudovi zaista kompetentni da vrše naknadnu evaluaciju, tako da je uobičajna potreba za ekspertskim mišljenjem u ovoj oblasti.¹³²

¹³¹ *ibid*, str. 45.

¹³² V., Radović, *op. cit.*, str. 245.

III POJAM DERIVATIVNE TUŽBE I NJENO RAZGRANIČENJE OD SRODNIH INSTITUTA

“Akcionarski aktivizam nije privilegija – to je pravo i odgovornost. Nakon što investiramo u kompaniju, mi posjedujemo dio kompanije i djelimično smo odgovorni za njen napredak. Ukoliko vjerujemo da nešto nije u redu, u tom slučaju, mi kao akcionari smo obavezni da reagujemo”

Mark Mobius

1. Značaj potrebe za zaštitom prava manjinskih akcionara

Konglomerat raznovrsnih interesa prisutnih u strukturi privrednog društva stavlja pravo pred zahtjev permanentnog razvoja svojih instrumenata i privrednopravne regulative u cilju iznalaženja najoptimalnijeg modela uravnotežavanja njihove divergencije, kao i odgovora na postojeća i nastupajuća pitanja.

Stav vladajuće koncepcije korporativnog upravljanja je da akcionarsko društvo kao socijalna i politička realnost mora uvažavati interese svih subjekata od kojih zavisi njegovo poslovanje, kao onih kojih su tangirani njegovim poslovnim aktivnostima (akcionari, uprava, zaposleni, poslovni partneri, povjerioci, životna sredina država i lokalna zajednica). Uz to, brojni autori naglašavaju da su upravo interesi vlasnika najmanje zaštićeni među interesima pomenutih grupa, budući da svaka od njih ima sopstvene mehanizme zakonske zaštite.¹³³ Primjera radi, interesi zaposlenih ne mogu biti ozbiljno ugroženi lošim upravljanjem jer se isplata zarada odvija u kratkim rokovima, te je zaposlenima uvijek na raspolaganju davanje otkaza čime mogu spriječiti akumulaciju velikog duga u vidu neisplaćenih zarada. Takođe, povjerioci, bilo da je riječ o kreditorima ili dobavljačima, posjeduju snažno sredstvo zaštite potraživanja koje proističe iz stečajnog zakonodavstva i mogućnost naplate iz stečajne mase. U tom smislu, stav autora koja etiketiraju vlasnike kao najmanje zaštićenu kategoriju, je da su jedino akcionari ti koji nemaju slične mehanizme zaštite, budući da svojim ulogom snose rizik svih nepredviđenih okolnosti i neizvjesnosti. Isto tako, njihovo pravo u stečaju dolazi posljednje i naplaćuju se tek po namirenju ostalih povjerilaca

¹³³ Komisija za hartije od vrijednosti Crne Gore, op. cit., str. 16.

(rezidualni povjerioci). Naime, momentom ulaganja članovi društva zasnivaju na neodređeno vrijeme vezu sa društvom, koja je, ma koliko iznosio inicijalni ulog, bez numerički specifikovanog potraživanja. Ta veza se završava momentom kada oni odluče da istupe iz društva prodajom svojih akcija, odnosno, udjela, pri čemu su izloženi riziku da li će po izlasku iz društva dobiti manje ili više od inicijalnog uloga.¹³⁴ U samoj biti akcionarstva leži ideja o prikupljanju malih uloga što većeg broja lica radi realizacije krupnih investicionih poduhvata. Stoga, po logici stvari i upravljanje društvima kapitala počiva na principu srazmjernosti uloga unijetog u društvo i mogućnosti uticaja na ishod odluka u organima društva.¹³⁵ Skupština akcionarskog društva donosi odluke po većinskom principu (“*majority rule*”). Taj princip se manifestuje u nemogućnosti pobijanja odluka skupštine od strane manjinskih akcionara, ukoliko su donijete propisanom većinom, odnosno kroz mogućnost da se nepravilnosti koje su učinjene u poslovanju kompanije od strane menadžmenta, mogu „izliječiti“ odnosno postati punovažne odlukom proste većine akcionara.¹³⁶

Dakle, akcionari koji imaju određeni procenat vlasništva nad akcijama imaju najveći uticaj prilikom odlučivanja. Tako donijete odluke obavezuju sve akcionare, pa čak i one koji su glasali protiv te odluke. Shodno tome, određeni akcionari predstavljaju većinski kapital društva imaju odlučujući uticaj i na izbor članova uprave, na politiku isplate dividende, na donošenje odluka o statusnim promjenama u društvu i tako dalje¹³⁷. Imajući to u vidu, čest je slučaj da se većinskim akcionarima prigovara da zloupotrebljava tehniku većine za afirmaciju svojih ličnih interesa¹³⁸, a na štetu interesa društva što vodi sukobima u društvu. U tom pogledu, kao fundamentalna, ističe se potreba za efektivnom pravnom zaštitom najugroženije interesne grupe – manjinskih akcionara.

¹³⁴ *ibid*, str. 17.

¹³⁵ D., Marković-Bajalović, Položaj manjinskih akcionara (u uporednom zakonodavstvu i prema Zakonu o privrednim društvima), *Novo privredno zakonodavstvo*, Kragujevac, 2005, str. 79-96.

¹³⁶ M., Tasić, Opšta pitanja o definisanju pojma i mehanizmima pravne zaštite, *Pravo – teorija i praksa*, br. 4-6, 2017, str. 44.

¹³⁷ Z., Stefanović: *Kompanijsko pravo*, Beograd, 2015, str. 401.

¹³⁸ Još je grčki historičar Polibije ukazao na opasnost od tiranije većine – ohlokratiju, kao svojevrsnu degradaciju demokratije, u kojem većina prestaje da vodi računa o kolektivnom, već isključivo o ličnom interesu.

Budući da i sama uprava u većini slučajeva djeluje blisko interesima većinskih akcionara, položaj manjine po kapitalu je dodatno otežan, pri čemu se kao najzastupljeniji vidovi zloupotreba ističu:

- (1) neopravdano visoke zarade direktora, gdje oni vođeni ličnim interesima slijepo slede instrukcije i interese većinskog vlasnika;
- (2) povezivanja poslovanja društva sa licima u drugim kompanijama, a koji su štetni za poslovanje, često i sa drugim kompanijama istih vlasnika;
- (3) zloupotreba informacija u cilju ostvarenja ličnog interesa, odnosno njihovo prikrivanje od manjinskih akcionara, čime se dovode u neravnotežan položaj prilikom odlučivanja i glasanja; i
- (4) delistiranje manjinskih akcija. ¹³⁹

Manjinski akcionari gotovo nikada ne mogu računati na pravnu odbranu jer imaju vrlo malu šansu protiv uprave kompanija, koje su naoružane snažnim timovima za pravnu odbranu i odnose sa javnošću, kao i “neograničenim vremenom i resursima koje su spremni da posvete osvajanju njihovih predmeta”¹⁴⁰. Izuzev u slučaju institucionalnih investitora, manjinski akcionari su pojedinci sa ograničenim resursima koji nemaju vremena, sredstava i znanja da se izbore za svoja prava. U velikom broju slučajeva, manjinski akcionari ni ne znaju da su njihovi interesi povrijeđeni jer nemaju uzajamnu komunikaciju, a poslovne šeme se sprovode u sjenci i nedovoljno transparentno. Domino efekat se proteže i na druge interesne grupe, npr. sredstva javnog oglašavanja rijetko pristaju da sveobuhvatno i pravovremeno informišu zainteresovanu javnost o skandaloznim slučajevima, a poslovni partneri se rijetko usuđuju da upute pritužbe na račun svojih kolega zbog zakona Omerte i na taj način se kontinuirano izbjegava otvaranje Pandorine kutije koja često sadrži slične slučajeve. U ekstremnim slučajevima, ćutanje kolega se često može kupiti ili kompenzovati na drugi način. Jedan od najozbiljnijih problema je da akcionari koji kontrolišu kompanije gotovo uvijek posjeduju insjaderske informacije i dok je u nekim zemljama legalno

¹³⁹ L., Kukobat, S., Tešanović, S., Kukić, Korporativno upravljanje u Srbiji: Problemi malih akcionara, *Korporativno upravljanje: Rizici u savremenom poslovanju*, 2016, str. 111-115.

¹⁴⁰ J., Cory, *Business Ethics: The Ethical Revolution of Minority Shareholders*, Norwell, 2011, str. 3.

ostvarivati koristi od takvih informacija pri kupovini i prodaji akcija na berzi, u drugima je vrlo teško spriječiti tu pojavu. Naravno da je manjinskim akcionarima načelno ostavljena mogućnost obraćanja regulatornim tijelima koja, po pravilu, postoje u svim zemljama (Komisija za hartije od vrijednosti (“SEC”) u SAD-u, Komisija za operacije na berzi (“COB”) u Francuskoj) ali pitanje je koliki stepen stvarne zaštite svojih prava mogu izdejsstvovati na taj način obzirom da se radi o vladinim tijelima sa ograničenim budžetima i ni približnog političkog uticaja u poređenju sa uticajem velikih kompanija koje daju sredstva vodećim političkim strukturama, koje u krajnjem i imenuju rukovodeća lica u tim organizacijama.¹⁴¹

Pored toga, veliki problem manjine po kapitalu je što je to vrlo često neorganizovana, heterogena i neuhvatljiva grupa koju je teško zaštititi.¹⁴² U tom cilju pravna teorija je u vezi sa pravom manjine ustanovila više teorija od kojih su najznačajnija teorija zloupotrebe prava jednakosti i teorija zloupotrebe prava većine, o kojima će kasnije biti riječi. Ovdje treba podsjetiti na dva osnovna tipa akcionarstva razvijenih u dosadašnjoj teoriji i praksi - *disperzovan*¹⁴³ (svojestven anglosaksonskom pravnom sistemu) i *koncentrisan*¹⁴⁴ (blizak njemačkom i japanskom modelu), pri čemu se kod prvog tipa razlikuju dvije situacije, kada kompaniju zbog nedovoljne involviranosti manjinskih akcionara kontroliše menadžment i kada se manjinski akcionari udružuju radi ostvarenja “manjinske kontrole”.¹⁴⁵ To je razlog zbog kojeg se u savremenom privrednom pravu uvode brojni

¹⁴¹ Što je najgore od svega, rukovodioci vladinih tijela redovno bivaju postavljeni na visoke pozicije u kompanijama koje kontrolišu po isteku mandata u tim tijelima. Najmanje što bi trebalo uraditi je uskraćivanje mogućnosti takvog angažmana uz obezbjeđenje doživotne penzije, kao sudijama, kako bi se osigurala njihova objektivnost.; *ibid*, str. 3-4.

¹⁴² M., Vasiljević, *Kompanijsko pravo, Pravo privrednih društava Srbije i EU*, Beograd, 2007, str. 361.

¹⁴³ Ovaj model korporativnog upravljanja karakteriše visoka disperzija, tj. veliki broj vlasnika sitnog kapitala koji srazmjerno posjedovanom kapitalu nemaju značajni uticaj na formulisanje poslovne politike i karakterističan je za zemlje anglosaksonske pravne tradicije (SAD, Veliku Britaniju, Kanadu, Australiju i Novi Zeland).

¹⁴⁴ Koncentrisano akcionarstvo odnosi se postojanje akcionara ili grupe povezanih akcionara koji posjeduju kontrolni paket akcija koji im omogućava ostvarenje direktne ili indirektno kontrole nad društvom i karakterističan je za zemlje evropskokontinentalnog pravnog sistema.

¹⁴⁵ M., Becht, P., Bolton, A., Roell, *Corporate Governance and Control, European Corporate Governing Institute Working Paper Series in Finance*, 02/2002, navedeno prema: M. Tasić, *op. cit.*, str. 45.

korektivni instrumenti sprečavanja zloupotrebe principa većinskog odlučivanja. Ključni dokumenti iz oblasti korporativnog upravljanja, koji se odnose na prava manjinskih akcionara jesu OECD Principi korporativnog upravljanja¹⁴⁶, kodeksi korporativnog upravljanja¹⁴⁷ (nacionalni, institucionalni ili kompanijski), modeli kompanijskih zakona (*European Model Company Act*, *Model Business Corporation Act*), kao i priručnici IFC/eCoDa (*International Finance Corporation*, *European Confederation of Directors' Associations*). Pored navedenih dokumenata, veliki uticaj na zaštitu prava se sprovodi kroz sistem samoregulative, te u tom smislu značajan doprinos pitanju i problemima zaštite akcionara daju regulatori na tržištima kapitala (ESMA, nacionalni regulatori) i profesionalna udruženja, kroz identifikovanje pojedinih problema, promene najbolje prakse i donošenje dokumenata čija se primjena zasniva na principu „*primijeni ili objasni*”.¹⁴⁸ Takva intencija se iskazuje kao obaveza uprave da se rukovodi interesima društva kao cjeline, uvođenja kvalifikovanog većinskog odlučivanja u donošenju najvažnijih odluka, obaveza lojalnosti svih članova prema društvu, jednak tretman članova sa istim vrstama i klasama akcija¹⁴⁹, kao i pravo na sudsku zaštitu manjinskih akcionara.

Ipak, treba istaći da zaštita akcionarske manjine po kapitalu ni u kojem slučaju ne smije voditi blokadi odlučivanja u društvu. Potrebno je naći ravnotežu između *načela većine*, kao temeljne filozofije privrednog društva i *načela zaštite manjine*. Sa tim u vezi, nacionalna prava poznaju više mjera koje imaju za vokaciju da, sa jedne strane, afirmišu pravilo većine u cilju efikasnijeg odlučivanja i istovremeno spriječe njegovu zloupotrebu, odnosno, zaštite manjinu. Ove mjere se mogu svrstati u dvije grupe: preventivne (izvansudske) mjere – koje se odnose na korišćenjem ovlašćenja manjine u skupštini i korišćenjem ovlašćenja u obliku različitih formi unutrašnje i spoljne institucionalne kontrole) i korektivne (sudske i administrativne) mjere zaštite.¹⁵⁰

¹⁴⁶ OECD Principles of Corporate Governance, dostupno na : <https://www.oecd.org/daf/ca/Corporate-Governance-Principles-ENG.pdf> (datum pristupa: 20. septembra 2019)

¹⁴⁷ Kodeks korporativnog upravljanja Privredne komore Srbije, *Službeni glasnik RS* br. 99/12, Kodeks korporativnog upravljanja Beogradske berze a.d. Beograd, br. 04/2, br. 153/08.

¹⁴⁸ ibid, str. 50.

¹⁴⁹ D., Golubović: Derivatívna tužba instrument zaštite manjinskih interesa, *Pravni život*, Beograd, 1995.

¹⁵⁰ Vasiljević, loc. cit., 3

2. Instrumenti sudske zaštite prava akcionara

Zaštita vlasničkih interesa manjine po kapitalu, proizilazi iz principa ravnopravnosti¹⁵¹, tj. jednakog tretmana u ostvarivanju akcionarskih prava. Osnov za ostvarivanje zaštite, tj. prava manjinskih akcionara predstavlja visina učešća u kapitalu društva propisan Direktivom Evropske unije o pravima akcionara¹⁵², koja nacionalnim zakonima određuje da je 5% maksimum kapital učešća koje mogu predvidjeti za ostvarivanje pomenutih prava. Princip jednakog tretmana u ostvarivanju akcionarskih prava je normativni aksiom, kako razvijenih zemlja sa visoko organizovanim akcionarstvom, tako i zemlja u razvoju u kojima se akcionarstvo širi procesom privatizacije uz težnju za privlačenjem investitora, na koje nedovoljna zakonska zaštita manjinskih akcionara djeluje odvrćajuće. To je i razlog zbog kojeg su norme kojima se uređuje zaštita prava manjinskih akcionara pretežno imperativnog karaktera, budući da bi dispozitivnost normi vodila opasnosti od zloupotrebe ovlašćenja većinskih akcionara i uprave jer bi na taj način jedini vid zaštite manjine po kapitalu predstavljali opšti akti, koji se donose voljom onih od kojih je zaštita i neophodna.

Posebnu vrstu korektivnog načela zaštite manjine po kapitalu od tendencija većinskih zloupotreba predstavlja pravo na sudsku zaštitu manjinskih akcionara. Ono se ostvaruje podizanjem direktnih - individualne, kolektivne i derivativne tužbe.

¹⁵¹ Princip jednakog tretmana akcionara je univerzalan i inkorporiran kako u komunitarnoj, tako i u nacionalnoj regulativi (ZPD čl. 269. eksplicitno propisuje da se „svi akcionari se pod jednakim okolnostima tretiraju na jednak način”), Principima korporativnog upravljanja Organizacije za ekonomsku saradnju i razvoj (OECD) i srpskom Kodeksu korporativnog upravljanja (“Službeni glasnik RS”, br. 1/2006).

¹⁵² Directive 2007/36/EC of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the exercise of certain rights of shareholders in listed companies, dostupno na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32007L0036> (datum pristupa: 22. avgusta 2018.)

2.1. Individualna tužba

Imovinska i neimovinska prava akcionara, koja se po pravilu ostvaruju kao individualna prava uživaju sudsku zaštitu putem direktnih individualnih tužbi. Individualnu tužbu (*personal action, action individuelle*) može podnijeti svaki član društva ukoliko mu je od strane pojedinih članova uprave nanijeta šteta ili povrijeđeno neko drugo pravo. Najčešći razlozi podnošenja ove tužbe su: falsifikovanje finansijskih izvještaja društva, uskraćivanje prava na upis novih akcija, utaja dividende ili povrede prava na učestvovanje u radu skupštine. Individualnom tužbom se ostvaruje pravo na naknadu štete koja je pričinjena članu društva odlukama njegovih organa ili radnjama pojedinih članova uprave.¹⁵³ Naravno da je i ovdje ostavljena mogućnost da se krug pasivno legitimisanih lica proširi osnivačkim aktom ili statutom društva.

Pravo na ovu tužbu pripada svakom članu društva pojedinačno, bez obzira na vrstu, klasu i broj akcija koje posjeduje. Podizanje ove tužbe ne ograničava se nikavim prethodnim uslovima, što se može smatrati pozitivnim, mada ima primjera u uporednom pravu da se propisuje obavezno prethodno obraćanje organima društva kao preduslov za podnošenje ovih tužbi. Dok je pitanje rokova zastarelosti za podnošenje ove tužbe u ZPD-u ostalo otvoreno, novela zakona propisuje da se tužba može podnijeti u roku od pet godina od dana preduzimanja štetne radnje, u kom roku se može pokrenuti tužba i protiv odgovornih lica, kojima je prestala dužnost (funkcija) ili članstva u društvu.¹⁵⁴ *Ratio legis* propisivanja individualne tužbe je zaštita interesa članova društva, a ne samog društva, pa se naknada štete odnosi samo na štetu koju je član društva pretrpio neposredno, a ne na posrednu štetu koju je prtrpjelo društvo, a samim tim i on kao član.

I u pravu SAD-a akcionari uživaju pravo na podnošenje individualne tužbe i to najčešće radi ostvarenja prava na dividendu, uvida u poslovne knjige i prava preče kupovine akcija društva.¹⁵⁵

¹⁵³ D., Slijepčević, Individualne i derivativne tužbe po Zakonu o privrednim društvima, *Korporativno upravljanje*, Beograd, 2009, str. 373.

¹⁵⁴ Oblici zaštite manjinskih akcionara u našem pravu, dostupno na: https://www.cbcg.me/slike_i_fajlovi/fajlovi/fajlovi_publikacije/nase_knjige/iii_poglavlje.pdf (datum pristupa: 4. jula 2017.)

¹⁵⁵ R., Clark: *Corporate Law*, Toronto, 1986, str. 662–663.

U njemačkom pravu, ova tužba ima ograničen domet budući da se radi o tužbi članova protiv drugih članova, kao i drugih lica koja su sa namjerom izvršila uticaj na direktora ili člana nadzornog odbora da postupi na štetu društva, samo za naknadu štete koju je pretrpjelo samo društvo.¹⁵⁶ U principu, članovima nije dozvoljeno da tuže direktore ili članove nadzornog odbora radi kršenja dužnosti, jer između njih ne postoji pravna veza, što za rezultat ima primjenu pravila o vanugovornoj odgovornosti. Sa druge strane, u pravu Velike Britanije postoji istoimena tužba (individualna tužba) na osnovu koje članovi mogu tužiti direktora.¹⁵⁷ Članovi mogu tužiti direktore samo za povredu dužnosti koju imaju prema samim članovima, npr. kada im direktori daju savjet u vezi sa vršenjem prava. Takođe, mogu ih tužiti i kada pretrpe štetu različitu od štete koje je pretrpilo društvo zbog povrede dužnosti direktora.¹⁵⁸ Britanski Kompanijski zakon ne sadrži jasnu odredbu da li dužnosti direktora postoje i prema članovima društva, ali budući da se *prema common law*-u smatra da to nije slučaj, nameće se zaključak da takve dužnosti ne postoje. Međutim u slučaju, kada je preduzimanjem štetne radnje, tj. povredom dužnosti od strane direktora nastala šteta i društvu i njegovom članu, dozvoljeno je podnošenje individualne tužbe od strane istog lica. U francuskom pravu, pravo člana društva na podnošenje individualne tužbe nije posebno predviđeno.¹⁵⁹ No, pored toga individualna tužba može biti podnijeta zbog zloupotrebe insajderskih informacija, predstavljanja lažnih rezultata poslovanja ili širenja lažnih informacija, ali član društva teško može da dokaže da je pretrpio štetu koja nije obuhvaćena štetom koju je pretrpjelo društvo.¹⁶⁰ Ipak na osnovu toga ne treba izvesti zaključak o propustu francuskog zakonodavca da zaštiti interese članova društva, budući da predviđa da prekršioc i njihovih prava mogu biti suočeni sa prekršajnom i krivičnom odgovornošću. Ovo najbolje ilustruje podatak da je u francuskom pravu ovlašćenje akcionara da kontroliše poslovne knjige i skupštinske zapisnike

¹⁵⁶ G., Wirth, M., Arnold, R., Morshauser, M., Greene, *Corporate Law in Germany*, Munchen, 2010, str. 94.

¹⁵⁷ P., Davies, S., Worthington, *Gower and Davies Principles of Modern Company Law*, London, 2012, str. 662.

¹⁵⁸ *ibid*, 665.

¹⁵⁹ B., Grelon: Shareholder's Lawsuits against the Management of the Company and its Shareholders under French Law, *European Company and Financial Law Review*, br. 2–3, 2009, str. 213.

¹⁶⁰ J., Lepetić, Pravo akcionara na individualnu tužbu, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1/2014, 2014, str. 190.

zaštićeno krivičnim sankcijama. Pored ovog, takođe su sankcionisani i: zloupotreba povjerenja, odnosno ovlašćenja članova uprave prilikom upravljanja pozajmljenim sredstvima ili sredstvima društva, raspodjela fiktivne dividende na štetu obaveznih rezervi, simuliranje statusa akcionara radi učešća u glasanju na skupštini, povreda principa srazmjernosti broja glasova u skupštini sa visinom uloženog kapitala, lažno prikazivanje bilansa stanja, kao i zloupotreba ovlašćenja uprave koja je dovela do stečaja društva.¹⁶¹

U srpskom pravu, krivičnopravna zaštita privrednog poslovanja predviđena je Krivičnim zakonikom Republike Srbije koji sankcioniše: prevare u obavljanju privredne djelatnosti, pronevjere u obavljanju privredne djelatnosti, zloupotrebu povjerenja u obavljanju privredne djelatnosti, poresku utaju, neuplaćivanje poreza, zloupotrebu položaja odgovornog lica, zaključenje restriktivnog sporazuma, zloupotrebe u postupku privatizacije, prouzrokovanje (lažnog) stečaja, davanje mita u obavljanju privredne djelatnosti, oštećenje povjerilaca, nedozvoljenu proizvodnju i trgovinu, krijumčarenje, pranje novca, neovlašćenu upotrebu tuđeg poslovnog imena, onemogućavanje vršenja kontrole, narušavanje poslovnog ugleda i kreditne sposobnosti, odavanja poslovne tajne, kao i falsifikovanje novca, hartija od vrijednosti i platnih kartica.¹⁶² Na ovaj način je na posredan način obezbijedena i zaštita prava samih članova privrednog društva.

2.2. Kolektivna tužba (class action, collective action)

Za razliku od individualne tužbe kojom se štite pojedinačni interesi i prava svakog člana – kolektivnom tužbom (*class action*) se ostvaruje zaštita interesa i prava cijele grupe koji se nalaze u istom pravnom položaju.

Radi se o tužbi čije se dejstvo proširuje sa člana koji je podnio na sve akcionare koji imaju istu pravnu poziciju kao tužilac. U formalnom smislu, kolektivna tužba predstavlja procesni mehanizam kolektivne zaštite određene grupe lica (klase ili potklase), koja omogućava grupi sa

¹⁶¹ D., Mohora, *Osnovi modernog akcionarstva*, Beograd, 2010, str. 70.

¹⁶² Krivični zakonik Republike Srbije („Službeni glasnik RS“, br. 85/2005 – 94/2016)

istovjetnim pravnim zahtjevom da u cilju procesne ekonomije i efikasnosti izvršenja, objedini više pojedinačnih tužbi, kako bi na bolji način obezbijedila zaštitu pojedinačnih interesa članova grupe, koji po redovnom toku stvari ne bi bili zaštićeni zbog kompleksnosti pokretanja i vođenja sudskog postupka i visine povezanih troškova. Tužbeni zahtjev koji se može postaviti u kolektivnoj tužbi može biti zahtjev da se prestane sa nezakonitim postupanjem (*injunctive relief*) i/ili zahtjev za naknadom štete koja je nastala nezakonitim postupanjem. Međutim, od kolektivne tužbe treba razlikovati dvije slične procesne situacije, gdje se u prvoj više akcionara udružuje radi postizanja kapitalnog cenzusa u cilju preduzimanja određene radnje ili zaštite prava u sudskom postupku, kao i udruživanje više akcionara radi podnošenja individualne tužbe, ukoliko su isti obuhvaćeni istim činjeničnim i pravnim osnovom, a nanijeta im je šteta postupanjem određenog lica koje je identifikovano kao lice sa posebnim dužnostima prema društvu.¹⁶³

Kolektivna tužba ima drevni pedigree. Prvi oblici ovih tužbi prepoznati su u različitim oblicima od najranijih dana engleskog prava, a iste su bile “čvorište” saveznih sporova u SAD-u više od sedamdeset pet godina.¹⁶⁴ U savremenom obliku ove tužbe, tužilac (imenovani zastupnik, *class representative, named plaintiff*) može tužiti pasivno legitimisani krug subjekata, kako u svoje tako i u ime drugih entiteta u cilju rješavanja pravnih ili činjeničnih pitanja koja su zajednička za cijelu klasu.¹⁶⁵ Njeno prvo formalno regulisanje uslijedilo je 1938. godine Pravilom 23 Saveznog pravilnika o parničnom postupku SAD-a¹⁶⁶ koji je propisao četiri preduslova za njeno podnošenje:

1. Klasa mora biti toliko brojna da bi razmatranje tužbenih zahtjeva ponaosob bilo nepraktično (kao minimum je postavljen zahtjev za 35 članova, iako se u praksi najčešće radi o stotinama i hiljadama);
2. Mora se raditi o istovrsnom pravnom ili činjeničnom pitanju;

¹⁶³ Tasić, op.cit, str. 290.

¹⁶⁴ L., Mullenix, *Ending Class Actions as We Know Them: Rethinking the American Class Action*, New York, 2014, str. 31.

¹⁶⁵ K., Lewis, W., Freeman, *Class Action Lawsuits: A Legal Overview for the 115th Congress*, Washington, 2018, str. 17.

¹⁶⁶ Rule 23, Federal Rules of Civil Procedure, Private Securities Litigation Reform Act of 1995, dostupno na: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/78u-4> (datum pristupa: 19. marta, 2017.)

3. Odluka mora biti obavezujuća za sve članove klase, osim za one koji su se izjasnili da to ne žele i koji kasnije mogu podnijeti individualnu tužbu za zaštitu svojih prava;
4. Imenovani tužilac mora adekvatno reprezentovati interese cjelokupne klase.

Ova četiri osnovna zahtjeva često se nazivaju brojnost, zajedništvo, tipičnost i adekvatnost reprezentacije. U tom pogledu, svaki član klase koji ispunjava uslove tipičnosti i adekvatnosti reprezentacije može postati imenovani tužilac, budući da je predstavnik klase najčešće samoimenovan. Sve što imenovani tužilac treba da uradi je da podnese tužbu u kojoj se navodi da se ista kvalifikuje kao klasna tužba i da su navodi dovoljni da zadovolje uslove Pravila 23. Međutim, pošto su pojedinačni iskazi drugih akcionara isuviše mali da bi opravdali vrijeme i troškove potrebne za nadgledanje parnice, advokati koji su specijalizovani za kolektivne tužbe su obično pokretačka snaga pri njihovom podnošenju. Oni mogu tražiti od imenovanog tužioca da, kao predstavnik klase, održava trajne odnose sa pojedincima koji su voljni da daju iskaze. Ova obaveza se u teoriji opisuje kao “kvazi-fiducijarna” obaveza budući da je imenovani tužilac dužan da stavi interese klase koju predstavlja ispred svojih.¹⁶⁷

Na evropskom kontinentu upotrebljava se termin kolektivna (*collective action*), ali ne i tužba klase (*class action*) svojstvena američkom pravu, pri čemu se ne radi samo o razlici terminološke, već suštinske prirode. Generalno, u državama sa kontinentalnim pravnim sistemima postoji odbojnost prema grupnim tužbama američkog tipa.¹⁶⁸ Samim tim, kolektivne tužbe se razlikuju po tome da li je riječ o tužbi američkog ili evropskog tipa. Najznačajnije razlike tiču se pitanja tipa inkorporiranog zahtjeva, stranaka u sporu, da li se radi o uključujućem ili isključujućem sistemu, kao i pitanja troškova postupka.¹⁶⁹

¹⁶⁷ A., Janet, *An Introduction to Class Action Procedure in the United States*, Geneva, 2000, str. 7.

¹⁶⁸ R., Dawidowicz, *Class Action Lawsuits in Europe: A Comparative and Economic Analysis*, *Law and Economics in Europe – Foundations and Applications*, London, 2014, str. 231.

¹⁶⁹ J., Lepetić, *Mehanizmi kolektivne zaštite u kompanijskom pravu i pravu tržišta kapitala*, *Pravo i privreda*, br. 4-6/2016, str. 158.

a) Tip inkorporiranog zahtjeva

Kolektivne tužbe se dijele na deklarativne kojima se traži utvrđivanje postojanja, odnosno, napostojanja nekog pravnog odnosa i kondermantorne kojima se traži naknada štete, kao u pravu SAD-a. Kolektivne tužbe za naknadu štete definišu se: 1) kao pravni mehanizam koji omogućava podnošenje zahtjeva za prestanak nedozvoljenog ponašanja kolektivno, od strane dva ili više fizičkih ili pravnih lica, kao i od strane entiteta ovlašćenog da podnese predstavničku tužbu (“*injunctive collective redress*”) i kao 2) pravni mehanizam koji omogućava podnošenje zahtjeva za naknadu štete kolektivno, od strane dva ili više fizičkih ili pravnih lica, kojima je nanijeta šteta ili od strane entiteta ovlašćenog da podnese predstavničku tužbu (“*compensatory collective redress*”).¹⁷⁰

b) Stranke u postupku po kolektivnoj tužbi

Kolektivna tužba generalno podrazumijeva razilaženje procesne i stvarne legitimacije. Pravo na vođenje postupka u svoje ime je procesna legitimacija (*locus standi*), dok se stvarna legitimacija utvrđuje na osnovu toga da li su stranke u postupku u materijalnopravnom odnosu ili ne, a presuda u svakom slučaju djeluje prema stvarno legitimisanim, a ne samo prema procesno legitimisanom licu.¹⁷¹

Već je bilo riječi o tome da prema američkom pravu, predstavnik klase može da bude bilo koje lice, dok se u kontinentalnim pravnim sistemima kao tužioci najčešće pojavljuju različite organizacije (npr. udruženje akcionara, udruženje investitora), koje odlučuju o tome da li će podnijeti tužbu prema sopstvenim prilikama i količini raspoloživih sredstava.¹⁷² Pravosnažna presuda djeluje u principu *inter partes*, pa su primjeri kolektivne tužbe izuzeci od tog pravila.

U tom pogledu u kontinentalnim pravnim sistemima dolazi do diskrepance između stvarne i procesne legitimacije, budući da su određene organizacije ovlašćene za pokretanje postupka o tuđem pravu. Ovo pitanje postavljeno je od strane njemačkih teoretičara u kontekstu njihovog

¹⁷⁰ Tasić, op.cit., str. 295.

¹⁷¹ ibid, str. 159.

¹⁷² ibid, str. 160.

Zakona o tužbama za nečinjenje koji reguliše organizacionu tužbu u oblasti zaštite prava potrošača. Naime, kolektivna prava potrošača su u pravnoj teoriji definisana kao transindividualna, čime se nastoji ukazati na okolnost da one ne predstavljaju prost skup prava pojedinaca, već ga nadilaze.¹⁷³ Njemačkim Zakonom o tužbama na nečinjenje propisano je da „prava definisana u 1. i 2. paragrafu ovog zakona pripadaju udruženju...“, pa se putem jezičkog tumačenja zaključuje da stvarna legitimacija za podnošenje tužbe za poništaj nepravičnih odredbi opštih uslova poslovanja pripada udruženju, što je potvrđeno presudom i njemačkog Vrhovnog suda u kojoj je navedeno da je pravo udruženja na podnošenje tužbe materijalnopravnog karaktera.¹⁷⁴ Kao glavno opravdanje ovakvog stanovišta, jedan broj njemačkih teoretičara ističe da se razlog zbog kojeg udruženja imaju stvarnu legitimaciju za podnošenje kolektivnih tužbi ogleda u zaštiti javnog interesa. Dakle, iako nije povrijeđeno pravo ili interes udruženja, ono je stvarno legitimisano u postupku po povredi zaštitnog objekta zakona u cilju zaštite javnog interesa.

Međutim, stav drugog broja njemačkih teoretičara je da ovlašćeno udruženje ima samo procesnu legitimaciju po zakonu i zastupa interese grupe kojoj kao kolektivu pripadaju određena prava i interesi.¹⁷⁵ Prema ovim autorima se na procesnom nivou ne utvrđuje određenost svakog pojedinog lica kojem je povređeno pravo ili interes, jer udruženje ne postupa pred sudom na osnovu ovlašćenja tih lica, već na osnovu ovlašćenja koje mu je zakonom priznato.¹⁷⁶ Zaključuje se da ovo stanovište nudi bolju argumentaciju i adekvatnije objašnjava prirodu diskrepance između stvarne i procesne legitimacije do koje dolazi u kolektivnim tužbama evropskokontinentalnog tipa. Kada bi se odbrana javnog interesa shvatila kao osnov stvarne legitimacije u postupcima koji se vode o tuđem pravu ili interesu, onda bi se postavilo pitanje da li, osim ovlašćenog udruženja, pravo na podnošenje kolektivne tužbe pripada i drugim (pravnim i fizičkim) licima. Iz tog razloga,

¹⁷³ B., Babović, Zaštita kolektivnih interesa potrošača, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 2, 2014, str. 217-8.

¹⁷⁴ Presuda VII senata Vrhovnog suda Nemačke od 21.2.1990.; C., Zhang, *Kollektiver Rechtsschutz nach dem deutschen Unterlassungsklagegesetz*, Göttingen, 2009, str. 98

¹⁷⁵ P., Gilles, *Prozessrechtlicher Probleme von Verbraucherpolitischer Bedeutung bei den ne- uen Verbraucherverbandsklagen im deutschen Zivilrecht*, Köln, 1997, str. 1.

¹⁷⁶ B., Babović, O diskrepanci između stvarne i procesne legitimacije kod organizacionih tužbi, *Srpska politička misao*, br. 4, 2015, str. 149-151.

treba prihvatiti stav da u postupcima po kolektivnoj tužbi (podnijetoj od strane udruženja ili organizacija) dolazi do razilaženja stvarne i procesne legitimacije na način da materijalno pravo ili interes pripada kolektivu čiji su interesi povrijeđeni od strane tuženog, kao stvarno legitimisanom, dok je ovlašćeno udruženje procesno legitimisano na osnovu zakona.

c) Uključujući (*opt-in*) i isključujući (*opt-out*) sistem

Uključujući sistem podrazumijeva da lice koje nastoji da ostvati prava mora da preduzme neku radnju da bi se uključilo u postupak po tužbi (evropski sistem), dok se po isključujućem sistemu, svojstvenom američkom sistemu, to podrazumijeva, osim u slučaju kada to lice ne želi. Isključujući sistem u američkom pravu podrazumijeva da nakon što tužilac dokaže da klasa postoji u skladu sa pravilom 23, svi pripadnici klase moraju biti obaviješteni mejlom ili oglasom, nakon čega se moraju izuzeti ako žele da sami podnesu tužbu ili nisu zainteresovani.¹⁷⁷ U suprotnom, odluka će i za njih biti obavezujuća.¹⁷⁸

d) Troškovi postupka

U američkom sistemu, podnošenje kolektivnih tužbi stimulisano je pravilima o troškovima postupka. Naime, advokat ima pravo na nagradu samo u slučaju uspjeha u sporu i to u određenom procentu dosuđenog iznosa ili kao premiju –“uključujuća nagrada” (*contingency fees*). U evropskom sistemu, pravilo o nagradi u procentualnom iznosu od dosuđene sume se ne smatra poželjnim, pri čemu važi pravilo da troškove mora da snosi onaj ko izgubi spor. Osnovni razlog zbog kojeg navedena pravila u vezi sa troškovima u američkom sistemu postoje u tom obliku je što ne postoji sistem organizovane državne pomoći licima, koja nemaju finansijskih sredstava za vođenje postupka, tako da ovaj institut služi da se tim licima omogući pristup sudu.¹⁷⁹

¹⁷⁷ D. W., Hawes, In search of a middle ground between the perceived excesses of US-style class actions and the generally ineffective collective action procedures in Europe, *Perspectives in company law and financial regulation*, Cambridge, New York, 2009, str. 201.

¹⁷⁸ *ibid*, str. 150.

¹⁷⁹ *ibid*, str. 172.

Dakle, kolektivna tužba je popularan sistem zaštite u američkom pravu, odakle je i potekla, međutim, u evropskokontinentalnom sistemu ona ima sasvim različitu formu. Razlog njene popularnosti u SAD-u je prvenstveno njena efikasnost, kako iz pozicije suda, budući da se njome postiže da se u okviru jednog postupka riješe zahtjevi velikog broja tužilaca (pretpostavka je da su obuhvaćeni istim činjeničnim i pravnim osnovom, pa samim tim dio kolektiva, izuzev ako neki od tužilaca odustane – isključujući „*opt-out*“ sistem), tako i iz pozicije tužilaca, kojima je takav postupak ekonomski isplativiji od podnošenja individualne tužbe, a osim toga, udruživanjem mogu poboljšati izgleda za uspjeh u sporu. Sa druge strane, ova tužba na evropskom kontinentu najčešće ima oblik organizacione tužbe jer se obično podnosi od strane udruženja i organizacija.

U pogledu srpskog prava, Zakon o tržištu kapitala propisuje da Komisija za hartije od vrijednosti može pokrenuti i voditi pred sudom postupak protiv bilo kog lica radi zaštite interesa investitora koji ulažu u finansijske instrumente i drugih lica za koja utvrdi da im je povrijeđeno određeno pravo ili na pravu zasnovan interes, a u vezi sa poslovima sa finansijskim instrumentima.¹⁸⁰ Iz te zakonske odredbe evidentno je da Komisija za hartije od vrijednosti, kao organizacija, ima procesnu legitimaciju u postupcima kolektivne zaštite investitora, ali to otvara druge nedoumice u pogledu kojih zakonodavac nije dao jasne smjernice. Prvenstveno, nejasno je da li i na koji način Komisija ima pravo podnošenja kolektivnih tužbi za naknadu štete koja je nanijeta investitorima i prema kojim pravilima bi se raspoređivao dosuđeni iznos naknade u slučaju uspjeha tužioca.

Sa druge strane, američki tip kolektivne tužbe u srpskom zakonodavstvu bi se najbliže mogao dovesti u vezu sa institutom nesaglasnih akcionara. Shodno odredbama ZPD-a¹⁸¹, nesaglasni akcionar može tužbom nadležnom sudu protiv društva tražiti isplatu: 1) razlike do pune vrijednosti njegovih akcija utvrđene u skladu zakonom, ako smatra da mu je društvo na ime otkupne cene za njegove akcije isplatilo iznos niži od te vrijednosti usled pogrešno utvrđene vrijednosti ili usled činjenice da je društvo izvršilo samo djelimičnu isplatu ili 2) pune vrijednosti njegovih akcija utvrđene u skladu sa zakonom, ako mu društvo nije izvršilo nikakvu isplatu po tom osnovu, a on podnio je uredno podnio zahtjev u skladu sa zakonom. U tom slučaju, ukoliko sud pravnosnažnom presudom obaveže društvo da nesaglasnom akcionaru isplati razliku do pune vrijednosti akcija, odnosno punu vrijednost akcija, društvo je u obavezi da svim drugim nesaglasnim akcionarima

¹⁸⁰ član 262., Zakon o tržištu kapitala ("Službeni glasnik RS", br. 31/2011, 112/2015, 108/2016 i 9/2020).

¹⁸¹ član 476., ZPD.

iste klase akcija prizna i isplati istu vrijednost akcije, nezavisno od činjenice da li su ti akcionari podnijeli tužbu ili ne. Odredbe o pravima nesaglasnih akcionara shodno se primjenjuju i na članove društva sa ograničenom odgovornošću. Dakle, budući da se pravosnažno dejstvo presude proširuje i na nesaglasne članove koji nisu bili tužiocu u postupku, možemo zaključiti da institut zaštite manjinskih akcionara u najvećoj mjeri odgovara američkom tipu kolektivne tužbe.

2.3. Derivativna tužba

Kao što je prethodno navedeno, pitanje sudske zaštite prava članova privrednog društva je od prevashodnog značaja. U tom kontekstu, tužbe članova društva, kao centralni instrument te zaštite zahtijevaju kreiranje što detaljnijeg i preciznijeg pravnog okvira koji bi obezbijedio njihovu kvalitetnu implementaciju.

To se naročito odnosi na derivativnu tužbu, rijetko kontraverzan pravni institut, neopravdano zanemaren od strane naše naučne i stručne javnosti, gotovo nepoznat domaćoj sudskoj praksi, kao i samim članovima kojima stoji na raspolaganju, rezervisano tretiran u dosadašnjoj literaturi i nedovoljno obuhvaćen nacionalnim pozitivnopravnim propisima. Takvo stanje posljedica je specifične svrhe i jedinstvene pravne konstrukcije derivativne tužbe, koja za razliku od direktnih (individualne i kolektivne tužbe) predstavlja karakterističan pravni instrument zaštite prava članova privrednog društva u situaciji kada ona nisu povrijeđena neposredno, već posredno, povredom interesa samog društva. Dakle, derivativna tužba je tužba koja se podnosi od strane jednog ili više člana koji posjeduju najmanje 5% osnovnog kapitala društva, u svoje ime, a za račun društva, pod uslovom da su se prije podnošenja tužbe obratili društvu da podnese tužbu po tom osnovu, a taj zahtjev je odbijen, odnosno njemu nije postupljeno u roku od 30 dana od dana podnošenja.¹⁸²

Derivativna tužba nije opšta tužba kompanijskog prava, već se može podnijeti samo u posebnim zakonom propisanim slučajevima. Obzirom da je podnose akcionari u svoje ime, a za račun društva

¹⁸² član 79., ZPD.

(„*actio pro socio*“), derivativna tužba je po svojoj prirodi komisiona tužba¹⁸³ jer se nikada ne podnosi od strane samog društva čiji se interesi njome štite, već od strane „rezervno aktivno legitimisanih lica“, tj. članova društva kao supsidijarnih tužilaca, budući da se može podnijeti tek po prethodno podnijetom zahtjevu društvu da samo podnese direktnu tužbu za naknadu štete koja mu je pričinjena, a po kojem nije postupljeno u roku od 30 dana od njegovog dostavljanja.

3. Istorijski razvoj derivativne tužbe

Derivativni postupak, poznat i kao derivativna tužba (*derivative action* u SAD-u), *Aktionarsklage* (Njemačka), *kabunushi daihio soshō* (Japan), *action sociale ut singuli* (Francuska) i *paisheng susong* (PRC) je globalni fenomen. Ona je nastala u svijetlu običajnog prava i koju smatra se "jednim od najinteresantnijih i genijalnih ... mehanizama odgovornosti za velike formalne organizacije". Kao potencijalno snažan eliksir za nepravilnosti u korporativnom upravljanju, derivativni postupak zaokupio je pažnju pravnih teoretičara za i više od jednog vijeka.

Istorijska retrospektiva ukazuje da se ova tužba, mada ne pod današnjim nazivom, pojavljuje u XVII vijeku u vezi sa odgovornošću dobrotvornih organizacija u Engleskoj¹⁸⁴, dok se nastanak derivativne tužbe u korporativnom smislu vezuje za prvu polovinu XIX vijeka. Današnji naziv "derivativna tužba" engleskog je porijekla (*derivative action*), a u pravnoj literaturi i sudskoj praksi se prvi put spominje relativno kasno, tek 1957. godine.¹⁸⁵ Njihov istorijski razvoj odvijao se paralelno sa procesom eskalacije tenzija između uprave i članova društva.

¹⁸³ član 771. ZOO definiše ugovor o komisionu kao ugovor kojim se komisionar obavezuje da za naknadu (proviziju) obavi jedan ili više poslova koje mu povjerava komitent. Iako po dosadašnjoj regulativi akcionaru/ima podnosiocima derivativne tužbe ne pripada naknada od strane društva čiji se interes njome štiti, njena glavna karakteristika da se podnosi „u svoje ime, a za tuđ račun“ nedvosmisleno upućuje na analogiju sa ugovorom o komisionu, te na taj način određuje njenu pravnu prirodu.

¹⁸⁴ D., Mott: *Shareholder Derivative Actions: Law and Practice*, Minnesota, 1999, str. 7.

¹⁸⁵ Presuda u slučaju *Wallersteiner v. Moir, L., Gower, Principles of Modern Company Law*, London, 1992, str. 647; D., Golubović: Derivativna tužba – instrument zaštite manjinskih interesa, *Pravni život*, br.

Derivativne tužbe su se prvobitno javile kao produkt praktične razrade “teorije pravičnosti” (“*Theory of equity*”¹⁸⁶) od strane “sudova pravičnosti” (“*Courts of equity*”¹⁸⁷). Nastale su kao rezultat funkcionisanja paralelnog pravnog sistema u Engleskoj i SAD, sistema koji se temeljio na ovlašćenju “sudova pravičnosti” da svojim odlukama “isprave nepravdu” pred redovnim sudovima.¹⁸⁸ Precedentni slučaj koji je otvorio put derivativnim tužbama u Engleskoj, ali istovremeno i znatno limitirao njihovu upotrebu je *Foss v. Harbottle* iz 1843. godine. U tom slučaju, dva akcionara *The Victoria Park Company* su u ime društva tužili članove uprave i osnivače iz razloga što su zloupotrebom svojih ovlašćenja učestvovali u lažnim i ilegalnim transakcijama, te da su društvu prodali određena dobra po cijeni većoj od tržišne. Navedena tužba je odbijena od strane suda uz obrazloženje da privredno društvo i njegovi akcionari nemaju identičan pravni položaj, te da tužbu za povredu interesa društva može podnijeti isključivo društvo. Ovaj slučaj iz njega proisteklo pravilo (“*Foss v. Harbottle rule*”) nastali su kao izuzetak od pravila koje je do tada važilo za ortačka društva (“*Old Partnership Rule*”), da bi postepeno taj precedent postao pravilo koje se još uvijek primjenjuje na akcionarska društva u Engleskoj, uvijek kada je riječ o derivativnoj tužbi.¹⁸⁹ U SAD-u, derivativna tužba se prvi put pojavljuje u slučaju *Dodge v.*

11/1995, str. 58; V. Veković: *Zaštita prava manjinskih akcionara kroz derivativnu tužbu*, Beograd, 2011, str. 14.

¹⁸⁶ Teorija pravičnosti predstavljena je 1963. godine od strane psihoanalitičara Johna Adamsa u vidu ideje da je pravičnost ključna komponenta motivacije pojedinca. Smatra se da su pojedinci motivisani zahtjevima pravičnosti, te stoga ako identifikuju nejednakosti u proporciji inputa i outputa za sebe i svoju referentnu grupu, nastoje da ulože svoj doprinos u cilju dostizanja očekivane jednakosti. Adams je sugerisao da što je veća individualna percepcija pravičnosti motivisanost pojedinca će biti jača i obrnuto: ako pojedinac sagleda nepravično okruženje biće demotivisan.

¹⁸⁷ Sudovi časti (pravičnosti, eng. *courts of equity*) ustanovljeni su u engleskom pravu kao reakcija na peticiju upućenu lordovskom kancelaru Engleske. Takvi sudovi su u „pravičnom postupku“ postupali po tužbama za koje se nije tražila naknada štete, već drugi pravni lijekovi poput pismenih naloga i zabrana. Većina ovih sudova je na kraju pripojena redovnim sudovima. SAD su u ranoj fazi slijedile englesku tradiciju održavanja odvojenih sudova za pravičnost i jednakost, da bi kasnije američki Kongres dodijelio obje vrste nadležnosti federalnim sudovima.

¹⁸⁸ V., Veković, op.cit., str. 16-17.

¹⁸⁹ D. D., Mott: *Shareholder Derivative Actions: Law and Practice*, St. Paul – Minnesota, 1999., str. 7.

Woolsey iz 1855. godine. U ovom slučaju, akcionar jedne američke banke podnio je tužbu protiv direktora filijale i poreskog službenika sa zahtjevom od redovnog suda da spriječi naplatu, navodno nelegalnog, poreza. Sud je odbio zahtjev sa obrazloženjem da “*Common Law*” ne dopušta akcionarima pozivanje menadžera na odgovornost. Tužilac se potom obratio “sudu pravičnosti” koji je primijenivši svoja široka ovlaštenja, donio presudu u korist tužioca, kasnije potvrđenu i od strane Vrhovnog suda SAD-a.¹⁹⁰

Može se izvesti zaključak da su razlozi podnošenja derivativne tužbe u suštini posljedica mehanizma ljudske organizacije u procesu produkcije i distribucije bogatstva. Konkretno, jačanje akcionarske participacije u procesima donošenja odluka sužava manevar djelovanja uprave, jer rezultirajuća koncentracija moći uprave dovodi do izbjegavanja odgovornosti od strane onih kojima je dato pravo na donošenje odluka. Evolucija derivativne tužbe svodi na svjedočanstvo o naporima sudija i pravnika da sprovedu tu odgovornost bez narušavanja prava većine korporativnog tijela da upravljaju poslovima tog tijela i uz odsustvo preuzimanja tereta svih interkorporativnih sukoba. Retrospektivno posmatrajući, problem se može svesti na ustanovljenju i održavanju odgovorne uprave. Kako englesko, tako i pravo SAD-a, odgovoru na ovaj izazov pristupilo je sa stanovišta već postojećih pravnih doktrina, koje je modifikujući i šireći pokušalo da prilagodi na adekvatan način. U Engleskoj, kamen temeljac razvoja derivativne tužbe bila je klasna tužba, preko koje su sudovi časti (pravičnosti) preuzeli pravo saslušanja i rješavanja sukoba među članovima korporativne porodice. Sa tim u vezi, engleski slučajevi obiluju argumentima o nadležnosti, stranačkoj legitimaciji i formi zakona, dok je vrlo malo vremena posvećeno analizi pravnog odnosa između uprave i članova društva. Američki slučajevi su nešto manje tehničkog karaktera, ali znatno otežani diskusijom o prirodi pravnog odnosa članova društva i potencijalnih agencijskih problema.

Upoređujući slučajeve, ne može se izbjeći zaključak da su britanski sudovi stajali na stanovištu većeg povjerenja u sposobnost korporacije da upravlja svojim poslovima u onim poslovima koji nemaju uticaja na javni interes. Sa druge strane, američki razvoj je ispoljavajući isti osnovni obrazac kao u Engleskoj, bio istovremeno i jednostavniji i složeniji. Njegova jednostavnost se

¹⁹⁰ V., Savković, op. cit., str. 37-38; V., Veković, op. cit., str. 17-18.

ogleda u lakoći kojom su sudovi prenijeli novi problem i staru doktrinu za pronalaženje gotovog rješenja. Njegova složenost leži u poteškoćama koje su iskusila logički zvučna objašnjenja rezultata koja su bila nedоследna usvojenim pravnim analizama. Američki sudovi su, bez dileme, bili prvi koji su u velikoj mjeri uperili prst na povjerenje u korporativni menadžment. Glavni rezultat toga bilo je priznanje legitimnog prava članova društva da pozovu upravu na polaganje računa. U početku ovo pravo nije nosilo nijedan atribut sekundarnog ili izvedenog, već je pripadalo članovima društva po prirodi stvari, iako su mogli da ga sprovedu ili kolektivno preko društva ili individualno, putem individualne tužbe.

Ideja o derivaciji, nastala je iz, na kraju uspješnog, pokušaja da se se ovo pravo članova proširi i formalno konstituiše. Za tu namjenu, postojeće zakonodavstvo nije bilo adekvatno u svom tadašnjem stepenu razvoja. Da bi se ovaj jaz premostio, derivativni koncept je izveden kroz ujedinjenje koncepata pravnog subjektiviteta društva i povrede fiducijarnih dužnosti prema društvu, budući da su oba bila neophodna. Bez povrede fiducijarnih dužnosti, član društva ne bi imao legitiman osnov za tužbu protiv poslova svojih imenovanih predstavnika, dok se bez pravnog subjektiviteta društva ne bi mogao pozivati na doktrinu fiducijarnih dužnosti kojom bi se priznalo pravo supstitucije u sprovođenju zakonskih prava. Dakle ono što je danas poznato kao derivativna tužba¹⁹¹ je izolovano zamišljeno u SAD-u i Engleskoj, iako je obje arene rođeno i njegovano kao korektiv za zloupotrebe uprave u ekonomskim jedinicama koje su po svojoj prirodi strukturisane na način da lišavaju neke interesne grupe prava odlučivanja u sopstvenoj administraciji. Na taj način, derivativni postupak u toj fazi se može posmatrati i kao još jedna primjena političkog principa zaštite manjina.¹⁹² Međutim, treba istaći da, iako se radi o jednom potentnom vidu poziva na odgovornost uprave, on ne mora uvijek biti u skladu sa interesima ni akcionara ni društva, budući da potencijalna naknada u nekim slučajevima može biti nesrazmjerna vrijednosti uložениh sredstava i vremenu koji iziskuje ovakva vrsta postupka. Osim toga, derivativni postupak redovno

¹⁹¹ Termin „derivativna tužba“ („*derivative action*“) engleskog je porijekla i pojavio se prvi put u literaturi paralelno sa pojavom u sudskoj praksi u presudi u slučaju „*Wallersteiner v. Moir*“. L. C. B., Gower, op. cit., str. 58.

¹⁹² B. S. J., Prunty: *The Shareholder's Derivative Suit: Notes on Its Derivation*, New York, 1957, str. 125.

dovodi i do negativnog publiciteta koji ima negativne posljedice za poslovanje društva ili uzrokuje skepsu među njegovim klijentima i poslovnim partnerima.

Engleski Parlament je sredinom XIX vijeka usvojio set zakona sa fokusom na materijalne i proceduralne probleme korporacija, *joint-stock* i povezanih društava, koji su izmijenili zakone koji su izvorno kreirani doslednom primjenom *common law*-a od strane sudova u Engleskoj. Mada je derivativni postupak, kao mehanizam zaštite akcionara i dalje postojao kao mogućnost pred engleskim sudovima, značajno je marginalizovan i nije imao zapaženu ulogu u britanskom pravu nakon 1850. godine. Ipak, apel za uvođenjem derivativne tužbe, kao efikasnim mehanizmom kontrole članova društva nad zloupotrebama u korporativnom poslovanju i kao instrumentom korporativnog upravljanja, postao je sve glasniji. Široko rasprostranjen kritičizam načina na koji se primjenjuje derivativni postupak, dovela je do opšteg prihvatanja stava da postoji hitna potreba za reformama u ovoj oblasti zakonodavstva. To je navelo lorda kancelara i predsjednika Odbora za trgovinu da zatraže od engleske pravne komisije da izvrši reviziju dostupnih pravnih lijekova dostupnih akcionarima – sa posebnim osvrtom na pravilo istaknuto u slučaju “*Foss v. Harbottle*” i njegove izuzetke, članove 459 i 461 Zakona o privrednim društvima (“*Companies Act*”) iz 1985. godine i sprovođenje zaštite akcionara u skladu sa internom regulativom društva. Međutim, može se reći da je derivativna tužba praktično iščezla iz britanskog prava sve do usvajanja Zakona o privrednim društvima (“*Companies Act*”) iz 2006. godine, koji je prvi put zakonski dozvolio podnošenje derivativne tužbe u Engleskoj.

Tokom većeg dijela XX vijeka, dominantni primjer korporativnog upravljanja u okviru pravne akademske zajednice bio je onaj koji su dali američki teoretičari *Berle* i *Means* u svojoj knjizi 1932.¹⁹³ Oni su predstavili velike američke korporacije kao organizacije sa dominantnim menadžmentom i akcionarima koji imaju vrlo oskudna ovlašćenja u pogledu kontrole postupka menadžmenta. Težnja ka posjedovanju što većeg stepena korporativne kontrole je u tom periodu bila jedva prisutna, a glasanje akcionara smatralo se neefikasnim mehanizmom čak i nakon napora federalnih zakona da poboljšaju transparentnost koja bi imala za posljedicu afirmaciju učešća

¹⁹³ A., Berle, G. C. Means, *The Modern Corporation and Private Property*, London, 1932, str. 287.

akcionara.¹⁹⁴ Imajući to u vidu, jasno je da su upravo derivativne tužbe predstavljale najranije i glavno ograničenje lošeg upravljanja i nemarnosti direktora. Kao tipičan dokaz navedenoj tvrdnji predstavlja izjava Vrhovnog suda 1949. god., u slučaju *Cohen v. Beneficial Industrial Loan Corp.* gde je sud zaključio da je derivativna tužba “dugo bila glavni regulator korporativnog upravljanja”¹⁹⁵.

Porast broja derivativnih tužbi nastavio se i u drugoj polovini XX vijeka¹⁹⁶ da bi se do prve decenije XXI vijeka uloga derivativnih tužbi povukla sa tako visokog položaja. Uzrok ovakvog pada ogleđa se u nekoliko dramatičnih promjena u okruženju. Razvoj potrebe za korporativnom kontrolom kroz interni nadzor, naročito u ranim 1980-im, pružio je realnu alternativu parničnom postupku kao vidu ograničenja uprave.

Od tog vremena, nadzorni odbor je postepeno postajao sve jače nadzorno, u većini velikih američkih kompanija, vlasništvo se preusmjerilo sa disperzovanih pojedinačnih akcionara na velike institucionalne investitore, a zakonske norme su ojačale ulogu različitih posrednika koji utiču na korporativno upravljanje, naročito revizora, ali takođe i advokata i analitičara. U tom smislu, zakon je skroman i ne preuzima na sebe ulogu koju efektivnije može sprovesti samo tržište ili interna kontrola.¹⁹⁷ Čak i u dijelu u kojem parnični postupak zadržava relativnu prednost kao regulator korporativnog upravljanja, derivativne tužbe morale su da dijele tu funkciju sa mlađim “rođacima”. Dalje promjene Saveznih propisa parničnog postupka 1960-ih dozvolile su porast rasprostranjenih kolektivnih tužbi zasnovanih na malverzaciji vrijednosnim papirima. Te tužbe, navodno zasnovane na nepotpunoj i neadekvatnoj transparentnosti, u velikoj mjeri se bave odlukama uprave u vezi vođenja korporacije, a osim toga, broj kolektivnih tužbi podnijetih pred državnim sudovima za navodne povrede fiducijarnih dužnosti direktora na osnovu federalnih

¹⁹⁴ R. S., Thomas, C. T., Dixon, *Aranow & Einhorn on Proxy Contests for Corporate Control*, New York, 1998, str. 16.

¹⁹⁵ 337 U.S. 541, 548 (1949) (“Konstatuje se, i to ne bez razloga, da bez njenog postojanja, kvalitet nadzora nad korporativnim zloupotrebama bi bio primjetno manji”).

¹⁹⁶ D., Dykstra, *The Revival of the Derivative Suit*, Washington, 1967, str. 74.

¹⁹⁷ R., Gilson, *A Structural Approach to Corporations: The Case Against Defensive Tactics in Tender Offers*, New York, 1981, str. 839.

zakona se u velikoj meri uvećao. Kolektivne tužbe su uglavnom proizilazile i nastajale u kontekstu sticanja akcija da bi danas uveliko prevazišle broj derivativnih tužbi pokrenutih protiv javnih kompanija u Delaveru. Na kraju, relativno mali, ali važan broj slučajeva podniet je u kontekstu nekih drugih korporativnih problema, kao što su radnje vezane za procjenu, pristup računovodstvenim knjigama i evidenciji i održavanju godišnjih skupština akcionara. U isto vrijeme, dok su ove alternative derivativnih tužbi dobijale na značaju, kako u vidu drugih vrsta parničnih postupaka, tako i u vidu rasta tržišta tog vremena, kao i instrumenata interne kontrole, derivativne tužbe su bile sve više ograničene različitim proceduralnim i materijalnim restrikcijama i preprekama, nametnutim u cilju osujećenja identifikovanih zloupotreba koje i nastaju njihovom primjenom.¹⁹⁸ Ova poslednja briga o potencijalnoj zloupotrebi derivativnih tužbi dovela je do toga da su se pojedini korporativni analitičari čak zalagali i za potpuno ukidanje derivativnih tužbi.

4. Domen primjene derivativne tužbe

Unaprijed je istaknuto da derivativna tužba ne predstavlja opštu tužbu kompanijskog prava, već se može podnijeti isključivo u specifičnim zakonom propisanim slučajevima. Naime, kako je tužba izrazito značajan pravni akt i *conditio sine quo non* parničnog postupka, pitanje sudbine postupka inicijalno je određeno valjanošću same tužbe ("*Nemo iuris sine actore*"). Zakon je decidan u pogledu propisivanja procesnih pretpostavki koje se moraju ispuniti da bi se pristupilo ispitivanju njene materijalnopravne osnovanosti, jer od njihovog ispunjenja zavisi ostvarivanje tužiočevih prava u cilju čije zaštite se podnosi tužbeni zahtjev.

U parničnom postupku sud odlučuje u granicama zahtjeva koji su postavljeni u postupku i ne može osuditi, odnosno obavezati na određeno ponašanje nekog ko nije bio označen u tužbi kao tuženi, niti može suditi preko ili mimo postavljenog zahtjeva. Stoga, ostvarivanje i zaštita prava tužioca zavisice od same tužbe, odnosno od toga kako je formulisan tužbeni zahtjev, od činjenica na kojima se zasniva zahtjev i dokaza koje je naveo, a kojima se može proveriti njihova istinitost. Samim tim, tužilac određuje u tužbi granice tužbenog zahtjeva, odnosno određuje granice

¹⁹⁸ R., Thompson, R. S., Thomas, The Public and Private Faces of Derivative Lawsuits, *Vanderbilt Law Review*, br. 1747, 2004, str. 1756 -1758.

raspravljanja i odlučivanja u postupku pred sudom. Tužbeni zahtjev mora biti određen i subjektivno i objektivno. Dok, subjektivno (personalno) određenje znači da tužilac i tuženi moraju biti precizno identifikovani, objektivna (materijalna) identifikacija se odnosi na sadržinu i obim pravne posljedice čije se izricanje traži.¹⁹⁹ Zato je od prevashodnog značaja definisati tužbeni zahtjev u okvirima zakonom određenog subjektivnog i materijalnog domena primjene.

4.1. Materijalni (objektivni) domen primjene derivativne tužbe

Posebno, kada je riječ o *materijalnom (objektivnom) domenu primjene* derivativne tužbe, potrebno je naglasiti da je derivativna tužba po svom dometu dvostruko ograničena, jer osim što se može podnijeti samo povodom tačno određenih instituta kompanijskog prava, derivativnom tužbom je moguće zahtjevati i samo zakonom propisanu pravnu posljedicu.

Objektivni domen primjene derivativne tužbe u srpskom pravu čine:

1. povreda posebnih dužnosti prema privrednom društvu²⁰⁰
2. povreda pravila o ograničenjima plaćanja kod akcionarskih društava²⁰¹
3. isključenje člana društva sa ograničenom odgovornošću odlukom suda.²⁰²

Neke tužbe koje su propisane ZPD-om poput: tužbe zbog povrede obaveza prenosioca u vezi sa ulogom koje su nastale do prenosa udjela, odnosno, akcija²⁰³, tužbe za poništaj pravnog posla ili pravne radnje sticanja, odnosno raspolaganja imovinom velike vrijednosti, kao i tužbe protiv članova odbora direktora ili nadzornog obora za štetu koja je društvu nanijeta usled sticanja, odnosno raspolaganja imovinom velike vrijednosti ako je to sticanje, odnosno raspolaganje

¹⁹⁹ D., Randelović, Tužba u parničnom postupku (pojam, vrste i elementi), *Pravne teme*, god. 4, br. 7, 2016., str. 71.

²⁰⁰ član 79., ZPD.

²⁰¹ član 275., ibid.

²⁰² član 196., ibid.

²⁰³ član 49., ibid.

sprovedeno bez odluke kojom ga skupština odobrava²⁰⁴, imaju sličnosti sa derivativnim tužbama iz razloga što ih mogu podnijeti članovi koji posjeduju 5% učešća u osnovnom kapitalu u svoje ime, a za račun društva. Iako je *ratio legis* propisivanja prava članova društva da podnose ove tužbe istovjetan kao kod derivativnih tužbi – zaštita interesa društva, one nisu derivativne iz razloga što za njihovo podnošenje nisu propisane procesne pretpostavke koje su potrebne za podnošenje derivativne tužbe²⁰⁵, budući da nedostaje obaveza podnošenja prethodnog zahtjeva društvu. Iz tog razloga se te tužbe ne mogu smatrati derivativnim jer je upravo nepostupanje društva po prethodno podnijetom zahtjevu (ili negativan odgovor na njega) izvor derivacije, jer članovi društva stiču pravo na podnošenje derivativne tužbe tek ukoliko društvo, kao primarno aktivno legitimisano, ne podnese direktnu tužbu za zaštitu svojih prava.

Pregled derivativnih tužbi predviđenih ZPD-om dat je u sledećem tabelarnom prikazu:

OSNOV PODNOŠENJA	PROPISANA POSLJEDICA	PASIVNA LEGITIMACIJA
Povreda posebnih dužnosti prema privrednom društvu (dužnost pažnje, dužnost prijavljivanja poslova i radnji u kojima postoji lični interes, dužnost izbjegavanja sukoba interesa, dužnost	Naknada štete Poništaj pravnog posla, odnosno pravne radnje u slučaju povrede pravila o odobravanju poslova u kojima postoji lični interes Prenos koristi koja je ostvarena kao posljedica	Lica koja imaju posebne dužnosti prema privrednom društvu – članovi društva sa ograničenom odgovornošću koji posjeduju značajno učešće u osnovnom kapitalu društva i član društva koji je kontrolni član; akcionari koji posjeduju značajno učešće u osnovnom kapitalu društva i kontrolni akcionar; direktori, članovi nadzornog odbora, zastupnici i prokuristi; likvidacioni upravnik; uz mogućnost da se osnivačkim aktom ili statutom društva krug tih lica proširi.

²⁰⁴ član 472., ibid.

²⁰⁵ član 79., ibid.

<p>čuvanja poslovne tajne i poštovanje zabrane konkurencije)</p>	<p>povrede dužnosti izbjegavanja interesa ili pravila o zabrani konkurencije</p> <p>Isključenje člana društva u slučaju povrede dužnosti čuvanja poslovne tajne ili pravila o zabrani konkurencije</p>	
<p>Povreda pravila o ograničenjima plaćanja kod akcionarskih društava</p>	<p>Povraćaj izvršenih isplata</p>	<p>Članovi kojima je izvršeno nedopušteno plaćanje; članovi društva koji su odobrili nedopuštene isplate putem glasanja na skupštini, direktori, odnosno članovi nadzornog odbora ako je upravljanje društvom dvodomno, koji su ta plaćanja odobrili i koji su znali ili su, prema okolnostima slučaja mogli znati, da su ta plaćanja u suprotnosti sa odredbama zakona o ograničenjima plaćanja; drugi direktori, odnosno članovi nadzornog odbora i članovi društva, za koje se dokaže da su namjerno ili grubom nepažnjom doprinijeli da društvo izvrši nedopušteno plaćanje</p>
		<p>Član društva koji namjerno ili grubom nepažnjom prouzrokuje štetu društvu; ne</p>

Isključenje člana društva	Isključenje člana društva	izvršava posebne dužnosti prema društvu propisane zakonom ili osnivačkim aktom; svojim radnjama ili propuštanjem, protivno osnivačkom aktu, zakonu ili dobrim poslovnim običajima, sprječava ili u značajnoj meri otežava poslovanje društva, kao i kod kojeg postoji osnov za isključenje određen osnivačkim aktom ili drugim opravdanim razlozima.
---------------------------	---------------------------	--

Budući da je o posebnim dužnostima prema društvu već bilo riječi u prethodnom poglavlju, na ovom mjestu pažnju posvetiti drugim osnovima za podnošenje predviđenih ZPD-om, tj. proširenju materijalnog domena primjene derivativne tužbe koju propisuje srpski zakonodavac - ograničenjima plaćanja akcionara i isključenju člana društva sa ograničenom odgovornošću odlukom suda.

Suština instituta ograničenja plaćanja akcionarima, čija je shodna primjena predviđena i za članove društva sa ograničenom odgovornošću, ogleda se u postojanju određenih okolnosti u kojima nije dozvoljeno da društvo vrši isplate svojim članovima. Legitimitet postojanja ograničenja plaćanja danas nije sporan, ali se teži da ograničenja plaćanja budu definisana na način da se članovima društva omogući da realizuju svoju mjeru interesa u društvu, a da to ne bude na štetu svih ostalih interesa u društvu. Ograničenja plaćanja su bila regulisana propisima Evropske unije i to II direktivom koja uređuje kapital akcionarskog društva. Ova materija trenutno je regulisana objedinjenom Direktivom o određenim aspektima kompanijskog prava (2017/1132) od 14.06.2017. godine koja sadrži dvije grupe pravila o ograničenjima plaćanja, pravu - koja se odnosi

na ograničenja plaćanja koja postoje ukoliko se isplata vrši nakon završetka poslovne godine, dok se druga grupa pravila odnosi na ograničenja plaćanja koja se vrše u toku poslovne godine.²⁰⁶

Sličnu zakonodavnu tehniku koristio je i srpski zakonodavac prilikom uvođenja ovog instituta kao osnova za podnošenje derivativne tužbe. Ograničenja plaćanja su u srpsko pravo uvedena 2011. god., čl. 275 ZPD-a, koji predviđa da društvo ne može vršiti plaćanja akcionarima ako je prema poslednjim godišnjim finansijskim izveštajima neto imovina društva manja, ili bi usled takve isplate postala manja, od uplaćenog osnovnog kapitala uvećanog za rezerve koje je društvo u obavezi da održava u skladu sa zakonom ili statutom, ako takve rezerve postoje, osim u slučaju smanjenja osnovnog kapitala.²⁰⁷

Zakonodavac nije propustio da limitira i maksimalni ukupan iznos isplata akcionarima koji ne smije biti veći od dobiti na kraju te poslovne godine, uvećane za neraspoređenu dobit iz prethodnih perioda i iznose rezervi predviđenih za raspodelu akcionarima (uz umanjeње nepokrivenih gubitka iz prethodnih perioda i iznosa rezervi koje je društvo u obavezi da održava u skladu sa zakonom ili statutom). U slučaju da je došlo do ovakve isplate postoji obaveza akcionara da uplaćeni iznos vrate društvu ukoliko su znali ili su morali znati da izvršena isplata nije u skladu sa zakonom.

Kao jedini izuzetak od pravila o ograničenjima plaćanja, zakon navodi isplate naknade zarade akcionarima koji je fizičko lice i po osnovu ugovora o radu angažovan u društvu. Ipak ovdje se ne radi o pravom izuzetku, budući da se ovdje ne radi o odnosu koji spada u domen odnosa akcionar - društvo i regulative kompanijskog prava, već u domen zaposleni - poslodavac na koji se primjenjuje režim propisa radnog prava. ZPD-om je predviđena shodna primjena odredbi o ograničenjima plaćanja za akcionarska društva i na društva sa ograničenom odgovornošću.²⁰⁸

²⁰⁶ Prve ideje o ograničenjima plaćanja akcionarima nastale su još u 17. vijeku, kada su kompanije u svojim aktima propisivale da se dividenda može isplaćivati samo iz profita. Tradicionalno opravdanje ovog instituta vezuje se za zaštitu povjerilaca, međutim sa promjenom shvatanja o svrsi privrednog društva, došlo je do promene i shvatanja o ograničenjima plaćanja, pa se smatra da ovaj institut ima za cilj da zaštiti širi krug interesa.; J., Veličković, op.cit. str. 207.

²⁰⁷ član 275., ZPD.

²⁰⁸ član 184., ibid.

U pogledu drugog vida proširenja materijalnog domena primjene derivativne tužbe – isključenja člana društva odlukom suda, zakon eksplicitno propisuje da se ona može podnijeti protiv člana društva koji:

- 1) namjerno ili grubom nepažnjom prouzrokuje štetu društvu;
- 2) ne izvršava posebne dužnosti prema društvu propisane zakonom ili osnivačkim aktom;
- 3) svojim radnjama ili propuštanjem, protivno osnivačkom aktu, zakonu ili dobrim poslovnim običajima, sprječava ili u značajnoj meri otežava poslovanje društva,

kao i kod kojeg postoji osnov za isključenje određen osnivačkim aktom ili drugim opravdanim razlozima.

U pogledu tužbe za isključenje člana društva sa ograničenom odgovornošću koju može podnijeti član društva koji posjeduje udio u visini od najmanje 5% osnovnog kapitala, nema dileme da je riječ o derivativnoj tužbi, imajući u vidu okolnost da čl. 196. st. 6 ZPD izričito propisuje da član društva podnosi tužbu u svoje ime, a za račun društva, pod uslovom da skupština društva u roku od dva mjeseca od dana podnošenja prethodnog zahtjeva ne odluči o zahtjevu za podnošenje tužbe, odbije zahtjev ili ne podnese tužbu u roku od 30 dana od dana donošenja odluke o podnošenju tužbe.²⁰⁹

4.2. Personalni (subjektivni) domen primjene derivativne tužbe

Subjektivni domen primjene derivativne tužbe, iako po pravilu treba da ima veći značaj, u osnovi izvodi se iz objektivnog domena primene. Naime, ne bi bilo svrsishodno na apstraktan način definisati krug lica koja bi trebalo da budu tužilac i tuženi u postupku po derivativnoj tužbi, a da se nakon toga definišu instituti kompanijskog prava na koje se tužba primenjuje, već je jedino moguće na osnovu objektivnog domena primjene derivativne tužbe izvesti krug pasivno legitimisanih lica. Sa druge strane, krug aktivno legitimisanih lica nije moguće direktno izvesti iz objektivnog domena primjene tužbe, budući da on na posredan način utiče na definisanje kruga

²⁰⁹ član 196., ibid.

aktivno legitimisanih lica za podnošenje derivativne tužbe, jer od objektivnog domena primjene derivativne tužbe zavisi i krug lica koja imaju najveći legitimitet za njeno podnošenje.²¹⁰

Odluka o tome kojim licima treba dati ovlaštenje na podnošenje tužbe zavisi od prihvaćenog teorijskog koncepta privrednog društva i same derivativne tužbe. Ukoliko se smatra da je primarni interes unutar društva interes njegovih članova, onda bi pravo na podnošenje derivativne tužbe trebalo dati samo članovima društva. Ukoliko se prihvati koncept pluraliteta konstitutivnih interesa unutar društva, onda bi pravo na podnošenje tužbe trebalo dati i drugim subjektima.²¹¹ ZPD je vrlo restriktivan u pogledu kruga subjekata kojima je dodijelio ovlaštenje na podnošenje derivativne tužbe budući da ga rezerviše samo za članove koji u trenutku podnošenja tužbe posjeduju udjele ili akcije koji predstavljaju najmanje 5% osnovnog kapitala društva (nezavisno od toga da li je osnov za podnošenje derivativne tužbe nastao prije ili nakon sticanja svojstva člana društva) pod uslovom da su prije podnošenja tužbe pisanim putem zahtijevali od društva da podnese tužbu po tom osnovu, a taj zahtev bude odbijen, odnosno po tom njemu ne bude postupljeno u roku od 30 dana od dana podnošenja.²¹² Pasivno legitimisana lica, tj. tuženi u derivativnoj tužbi su:

- 1) u slučaju povrede posebnih dužnosti - lica koja imaju posebne dužnosti prema privrednom društvu (dužnost pažnje, dužnost prijavljivanja poslova i radnji u kojima postoji lični interes, dužnost izbjegavanja sukoba interesa, dužnost čuvanja poslovne tajne i poštovanje zabrane konkrecije): članovi društva sa ograničenom odgovornošću koji posjeduju značajno učešće u osnovnom kapitalu društva i član društva koji je kontrolni član; akcionari koji posjeduju značajno učešće u osnovnom kapitalu društva i kontrolni akcionar; direktori, članovi nadzornog odbora, zastupnici i prokuristi; likvidacioni upravnik, pri čemu je ostavljena mogućnost da se osnivačkim aktom ili statutom društva krug tih lica proširi;
- 2) u slučaju povrede pravila o ograničenjima plaćanja – član društva kojem je izvršeno plaćanje; članovi društva koji su odobrili nedopuštene isplate putem glasanja na skupštini, direktori,

²¹⁰ J. Veličković, op.cit., str. 223.

²¹¹ ibid, str. 224.

²¹² član 79., ZPD.

odnosno članovi nadzornog odbora ako je upravljanje društvom dvodomno, koji su ta plaćanja odobrili i koji su znali ili su, prema okolnostima slučaja mogli znati, da su ta plaćanja u suprotnosti sa odredbama zakona o ograničenjima plaćanja, kao i drugi direktori, odnosno članovi nadzornog odbora i članovi društva, za koje se dokaže da su namjerno ili grubom nepažnjom doprinijeli da društvo izvrši nedopušteno plaćanje zastarijeva u roku od pet godina od dana izvršene isplate.

- 3) u slučaju isključenja člana društva sa ograničenom odgovornošću odlukom suda - član društva koji namjerno ili grubom nepažnjom prouzrokuje štetu društvu; ne izvršava posebne dužnosti prema društvu propisane zakonom ili osnivačkim aktom; svojim radnjama ili propuštanjem, protivno osnivačkom aktu, zakonu ili dobrim poslovnim običajima, sprječava ili u značajnoj meri otežava poslovanje društva, kao i kod kojeg postoji osnov za isključenje određen osnivačkim aktom ili drugim opravdanim razlozima.

5. Komparativni prikaz derivativne i direktnih tužbi

Iz unaprijed navedenog proizlazi da su derivativna, individualna i kolektivne tužbe, kao osnovne forme sudske zaštite prava članova društva, dijametralno različite kako po svom pravnom osnovu, karakteru povrede, pravnoj prirodi, cilju, procesnim pretpostavkama i pravnim efektima koji se njima postižu. Mapiranje tih razlika i njihova uporedna analiza značajne su za uočavanje karakteristika samih tužbi i njihovo razgraničenje, koje bi se u krajnjem moglo svesti na činjenicu da: individualna i kolektivna tužba predstavljaju sredstvo zaštite prava članova koja su neposredno povrijeđena aktom odgovornog lica, pri čemu dosuđena naknada štete pripada članu/ovima u postupku, dok derivativna tužba predstavlja mehanizam zaštite društva i posredno povrijeđenih prava njegovih članova, čije se pravo podnošenja po principu derivacije izvodi iz primarnog prava samog društva na podnošenje direktne tužbe, kojem i pripada dosuđena naknada štete.²¹³ Zbog toga se u literaturi nerijetko ističe da derivativna tužba predstavlja „poslednju liniju odbrane“ od

²¹³ Iako naknada dosuđena u sporu po derivativnoj tužbi pripada isključivo društvu, jasno je da i akcionari ostvaruju određenu imovinsku korist koja se najčešće ogleda u povećanju tržišne vrijednosti njihovih akcija.

nesavjesne uprave društva, ali dubljim razumijevanjem njene suštine i sagledavanjem njenog potencijala, nameće se zaključak da ona istovremeno predstavlja i „prvu liniju odbrane“, kao svojevrsno preventivno sredstvo pritiska na direktore i druga odgovorna lica koje ih stimuliše da svoje poslovne odluke formulišu na način da njima ne prouzrokuju štetu društvu, a time i sebe ne izlože opasnosti od podnošenja ove tužbe.

Ne smije se zanemariti činjenica da iako teorijsko razgraničenje derivativne od direktnih tužbi na prvi pogled precizno utvrđuje njihove specifičnosti, poslovna svakodnevnica jednog privrednog društva je, po pravilu, daleko kompleksnija od datog teorijskog okvira. Sa tim u vezi, zapažena je pojava njihovog međusobnog prožimanja u situaciji kada se njihove razlike relativizuju, kao i kumulacije direktnih i derivativnih tužbenih zahtjeva koji se zasnivaju na istom činjeničnom i pravnom osnovu, tj. situaciji koja daje povod za istovremeno pokretanje postupka po jednoj i drugoj tužbi, a čiji ishod ne mora biti istovjetan. Za razliku od kolektivne tužbe koja predstavlja horizontalni mehanizam koji supstituiše „set ličnih tužbi“, derivativna tužba predstavlja vertikalni mehanizam, koji proširuje krug tužilaca koji mogu podneti ovu vrstu tužbe na članove društva, a u nekim jurisdikcijama i na povjerioce. Tako, u SAD-u postoji tendencija proširenja kruga podnosilaca derivativne tužbe na članove odbora direktora, izvršne direktore ili čak i povjerioce.²¹⁴

Sudovi i analitičari koriste niz različitih kriterijuma prilikom procjene da li određena tužba treba da bude podnijeta kao direktna ili derivativna.²¹⁵ Najčešće korišćeni pristup je određivanje uticaja pretrpljene štete navedene u tužbi postavljanjem pitanja da li je šteta pretrpljena direktno od strane društva i samim tim indirektno od strane članova preko umanjenja vrednosti njihovih akcija/udjela, ili je šteta učinjena prvenstveno članovima.²¹⁶ Drugi pristup apostrofira prirodu prava ili obaveza koje član društva želi da sprovede, pri čemu stavlja u drugi plan ekonomski cilj koji bi se potencijalno ostvario. U suštini, postavlja se pitanje da li je navodno povrijeđeno pravo pojedinačnog člana ili dužnost prema društvu kao cjelini. Treći metod koji koriste neki sudovi i

²¹⁴ M., Tasić, op. cit, str. 288.

²¹⁵ J., Welch, Shareholder Individual and Derivative Actions: Underlying Rationales and the Closely Held Corporation, *Louisiana Law*, br. 147, 1984, str. 153.

²¹⁶ D., Demot, *Shareholder Derivative Actions, Law and Practice*, Kent, 1992, str. 662-663.

korporativni analitičari zasnovan je na kategoričkom pristupu koji se u suštini oslanja na principu doktrinarnog učenja *stare decisis* i smatra određene radnje, po definiciji i ne upuštajući se u dublju procjenu, ili kao derivativne ili kao direktne. Ono što je iznenađujuće je da, uprkos evidentnim razlikama u kriterijuma, kao rezultat se javilo neočekivano malo nedoslednosti, tako da se može zauzeti stav da kakav god pristup bio, postoji opšti konsenzus u vezi kategorizacije određenih vrsta tužbi i radnji. Tužbe zasnovane na kršenjima fiducijarnih dužnosti direktora u skladu sa zakonom, kao što su tužbe zasnovane na izrazito nemarnom upravljanju, gubitku korporativne imovine, prekomjernoj naknadi, propuštanju poslovnih mogućnosti i uopšte na ličnoj koristi, po pravilu, su utužive i kao derivativne tužbe. Sa druge strane, tužbe protiv lišavanja glasačkog prava akcionara, prava preče kupovine ili prava na uvid u poslovne knjige i evidencije korporacije, kao i tužbe u kojima se navodi da su direktori lažno naveli akcionare da prodaju akcije, generalno se smatraju kao direktne tužbe.²¹⁷

U sudskoj praksi SAD-a postoji test na osnovu koga se utvrđuje da li je jedna tužba individualna ili derivativna. Ovaj test uključuje ispitivanje direktne štete, posebne štete i oštećenog lica. Tipičan primjer individualne tužbe jeste da je direktor prevarnim ponašanjem naveo akcionara da poveća ili smanji svoje vlasništvo u društvu. Ukoliko se radi o posebnoj šteti, Vrhovni sud Delavera pristupa ovom testu tako da se traži da je u pitanju šteta/povreda koja nije nanijeta svim akcionarima, već tužiocu ili da je u pitanju povreda ugovorne obaveze u vezi sa glasanjem. Poslednji test koji se primjenjuje u pravosuđu u SAD-u je test oštećenog lica koji podrazumijeva dva aspekta provjere i to da li je obaveza prekršena i prema kome je prekršena. Ukoliko je povreda učinjena prema određenom članu, putem povrede osnivačkog akta, zakona ili ugovora zaključenog između člana i društva, radiće se o direktnoj, individualnoj tužbi.²¹⁸ U tabeli ispod dat je prikaz suštinskih razlika između ove dvije vrste tužbi:

²¹⁷ T. O., Brandi, *The Strike Suit: A Common Problem of the Derivative Suit and the Shareholder Class Action*, *Dickson Law Review*, br. 98, 1994, str. 355

²¹⁸ J. E., Thompson, *Direct Harm, Special Injury or Duty Owed: Which Test Allows for the Most Shareholders Success in Direct Shareholders Litigation*, *The Journal of Corporation Law*, br. 35, 2009, str. 220-222.; M., Tasić, op. cit., str. 272.

Kriterijum razlikovanja	Direktna tužba	Derivativna tužba
Pravna priroda	Primarno sredstvo zaštite u situacijama kada je članu društva direktno povrijeđeno neko pravo ili na pravu zasnovan interes	Sekundarno, akcesorno i supsidijarno sredstvo zaštite društva u situaciji kada je povredom posebnih dužnosti štetu pretrpjelo samo društvo, a time i indirektno njegovi članovi, te se sledstveno tome može podnijeti tek kada su prethodno iscrpljena ostala pravna sredstva (što se dokazuje podnošenjem prethodnog zahtjeva društvu da samo pokrene postupak zaštite svojih prava)
Aktivna stranačka legitimacija	Svaki član društva kojem je prouzrokovana šteta povredom posebnih dužnosti prema društvu	Članovi društva koji u trenutku podnošenja tužbe posjeduju udjele ili akcije koji predstavljaju najmanje 5% osnovnog kapitala društva
Karakter povrede	pričinjene Povreda učinjena prema određenom članu društva, putem povrede osnivačkog akta, zakona ili ugovora između člana i društva	Povreda učinjena neposredno društvu i samim tim, posredno njegovim članovima
Dejstvo presude	pravosnažne Djeluje samo prema određenom članu	Djeluje prema svim članovima, čak i onim koji nisu uzeli učešće u postupku
Mogućnost da se postupak okonča poravnanjem	Dozvoljena	Načelno isključena

Specifičnosti postupka	Klasičan tip parničnog postupka	<p>U uporednom pravu:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Diskreciono ovlašćenje suda da u cilju sprječavanja potencijalnih zloupotreba tj. veksatorskih parnica, naloži tužiocu polaganje obezbjeđenja na ime naknade razumnih troškova (<i>reasonable expenses</i>) koje bi mogao imati tuženi u postupku - Načelna nemogućnost podnošenja protivtužbe iz razloga što uslijed osobene pravne prirode derivativne tužbe, tužena strana nema klasičan položaj suprotne strane - Obaveza člana tužioca da “fer i adekvatno” predstavlja interese ostalih članova koji su u istovjetnoj pravnoj situaciji u odnosu na predmet postupka
Pravna posljedica	Dosuđeni iznos naknade štete pripada članu/ovima društva	Dosuđeni iznos naknade štete pripada društvu.

		Pored naknade štete moguće su i druge pravne posljedice: prenos koristi na društvo, poništaj pravnog posla, odnosno radnje, kao i isključenje člana društva.
--	--	--

Tabela 2: Kriterijumi razlikovanja direktnih i derivativnih tužbi

Ipak, u nekim graničnim situacijama će biti teško odrediti jasnu distinkciju, te iz tog razloga treba zauzeti stav da zakonodavac treba da se uzdrži od pokušaja da uspostavi precizne smjernice za njihovo razlikovanje, već da prepusti sudskoj praksi da sama izgradi svoje stanovište o njima, u zavisnosti od okolnosti konkretnog slučaja. U prilog favorizovanja derivativne tužbe obično se navodi kako bi trebalo izbjegavati veliki broj individualnih tužbenih zahtjeva ukoliko bi se neki sporni odnos mogao riješiti u jednom postupku. Međutim, kako je kolektivna tužba također direktna, čini se da ovaj argument ipak nije na mjestu.²¹⁹

Na dalje, od posebnog je značaja uzajamni odnos individualne tužbe za naknadu štete akcionaru zbog pada vrijednosti akcija i derivativne tužbe zbog povrede fiducijarnih dužnosti. Značaj ovom odnosu daje pitanje da li je u istoj pravnoj situaciji moguće istovremeno podnijeti individualnu i derivativnu tužbu?

Američki pravni institut (ALI) smatra da “ako transakcija ukazuje na oboje – derivativnu i direktnu tužbu, tužilac može pokrenuti i održati direktnu (individualnu) i derivativnu tužbu istovremeno.”²²⁰ Važeći ZPD nije pružio eksplicitan odgovor na ovo pitanje, suprotno Zakonu iz 2004. god koji je dao izričito potvrđan odgovor. Naime, u slučaju da akcionar proda akcije prije nego što je društvo (ili akcionari derivativno) tužilo lice sa posebnim dužnostima, ne može se osporiti da je akcionar pretrpio štetu koja je različita od one koju je pretrpjelo društvo i koja ne može biti anulirana

²¹⁹ J., Čolić, *Ograničenja derivativne tužbe iz ugla prava akcionarskih društava*, Beograd, 2011., str. 16-17.

²²⁰ M., Vasiljević, op. cit., str. 246.

podnošenjem tužbe za račun privrednog društva. Na primjer, tužba zbog pada vrijednosti akcija ne isključuje pravo društva ili akcionara da podnesu tužbu protiv lica sa posebnim dužnostima. Ipak, ZPD ne daje jasne smjernice u pogledu toga kako postupiti kada akcionar podnese individualnu tužbu zbog pada vrijednosti akcija, da li i kada društvo ili akcionari derivativno mogu podnijeti tužbu za naknadu štete protiv lica sa posebnim dužnostima. Ukoliko bi individualna tužba zbog pada vrijednosti akcija bila usvojena, princip ravnopravnosti akcionara bio bi narušen, pri čemu bi bili oštećeni interesi ostalih grupacija zastupljenih u društvu i samo društvo. Iz tog razloga izgleda da bi tužbeni zahtjev akcionara za naknadu štete zbog pada vrijednosti akcija bilo legitimno usvojiti samo ukoliko ne postoji mogućnost da društvu bude naknađena šteta zbog povrede dužnosti. Sa druge strane, tužbeni zahtjev akcionara za naknadu štete koju su akcionari pretrpeli povredom dužnosti prema društvu, koja se ne sastoji u padu vrijednosti akcija ili izostanku rasta te vrijednosti čini se opravdanim usvojiti bez obzira na to da li postoji mogućnost da društvu bude naknađena šteta zbog povrede fiducijarnih dužnosti.²²¹

²²¹ J., Lepetić, op. cit., str. 198-199.

IV DERIVATIVNA TUŽBA – TEORIJSKI PRISTUP PROBLEMU

„Kada vidiš uspješnu kompaniju znaj da je jednom neko donio hrabru odluku“

Peter Drucker

Derivativna tužba, kao i svaka druga tužba, predstavlja parničnu radnju²²² tužioca kojom se inicira parnični postupak. Ipak, suštinska karakteristika derivativne tužbe je specifičnost pravne prirode. Određivanje pravne prirode derivativne tužbe treba da odgovori na pitanje šta sa aspekta prava predstavlja ovlašćenje člana društva na podnošenje derivativne tužbe²²³ što podrazumijeva odrediti derivativnu tužbu kao pravnu kategoriju. Na to pitanje nije lako odgovoriti jer je potrebno uzeti u obzir opšta učenja o pojmu subjektivnog prava, što nije uobičajno za teoriju kompanijskog prava, koja uglavnom ne ulazi u takvu vrstu analize. U američkoj i engleskoj pravnoj teoriji problem pravne prirode derivativne tužbe uglavnom nije tretiran, što je i očekivano, budući da se one uglavnom bave pitanjima koja imaju praktični značaj²²⁴, zbog svoje naglašeno pragmatične orijentacije. Ipak pitanje određenja derivativne tužbe kao pravne kategorije ima esencijalan značaj, budući da i praksa sve više otvara teorijska pitanja, naročito tražeći pojmovna razjašnjenja.²²⁵

²²² Prema uobičajnoj definiciji, parnična radnja je ponašanje stranke, uključujući i propuštanje, preduzeto redovno u okviru parničnog postupka, zasnovano na svjesnoj volji, koje je uređeno procesnim pravom, kako u toku pretpostavki za punovažnost, tako i u pogledu posrednih i neposrednih dejstava.; B. Poznić, V. Rakić-Vodinelić, *Građansko procesno pravo*, Beograd, 2015, str. 256.

²²³ J., Veličković, op. cit., str. 122.

²²⁴ ibid, str. 123.

²²⁵ Z., Stefanović, op. cit., str.14.

1. Derivativna tužba u kontekstu teorije prirodnog prava

U dijelu izlaganja o evolutivnom razvoju derivativne tužbe, istaknuto je da su se derivativne tužbe prvobitno javile kao produkt praktične razrade teorije pravičnosti (“*Theory of equity*”) od strane “sudova pravičnosti” (“*Courts of equity*”) u SAD-u i Engleskoj.

Teorija pravičnosti nastala je kao izraz potrebe za prevazilaženjem nedostataka koje proizilaze iz pretjerane rigidnost i nedovoljne efikasnosti *common law*-a. Naime, odbacivanje tužbenih zahtjeva zbog najmanje tehničke greške, kao i nedostatak odgovarajućih pravnih sredstava za zaštitu pojedinih specifičnih interesa, za čijom je potrebom ukazivala društvena stvarnost, uslovalo je pojavu „sudova pravičnosti“ koju su oslobođeni krutih stega *common law*-a, uživali praktično neograničenu slobodu u zadovoljenju pravde.²²⁶

Idejna osnova teorije pravičnosti ogleda se u konceptu prirodnog prava, budući da je njena suštinska karakteristika stav da postoji prirodna pravda čijem zadovoljenju treba dati prednost u odnosu na sve pozitivne zakone. Polazeći od prostorne i vremenske limitiranosti pozitivnog prava (kao onog koje je postavljeno voljom ili samovoljom jednih u odnosu na druge), dolazi do izražaja sva njegova nesavršenost, relativnost i nedovršenost, kao instrumenta ostvarivanja pravde. Uzrok za to nalazimo, između ostalog, u činjenici da pravni poredak predstavlja jednu zatvorenu cjelinu koja, da bi obezbijedila sigurnost pravnog saobraćaja, zahtijeva i nameće jedan logički kontinuitet pri svojoj primjeni. Evolucija je, međutim, jedan kontinuiran i eksplozivan proces koji da bi obuhvatio i zadovoljio nove društvene pojave i mjerila vrijednosti, traži i nameće logički diskontinuitet između postojeće norme i poimanja pravde. Usled toga, tj. zbog statičnosti pravnog poretka i dinamičnosti društvene evolucije, pravo ne uspijeva da blagovremeno i adekvatno prati evoluciju materijalne pravde²²⁷, koja je, budući da zavisi od ljudskih mjerila, bitno varijabilna. Na taj način, ponekad, isuviše apstraktna i rigidna “igra” pravne (nomo)tehnike može dovesti do nepravdičnih rješenja pretvarajući određene životne odnose u tzv. tvrde slučajeve, zato se stalno

²²⁶ V., Savković, op. cit., str. 44.

²²⁷ B., Marković, *IV Zbornik za teoriju prava*, Beograd, 1990, str. 31-90.

mora držati pod nadzorom kako nas ne bi odvela u pustinju antiprava, jer kako kaže Ciceron: „kada se udaljimo od prava sve postaje neizvjesno“ (*omnia sunt incerta, cum a iure discesseris*).

Među različitim načinima na koje je prirodno pravo shvaćeno, nalazi se jedan suštinski i preovlađujući - onaj koji ga shvata kao pravo istinskog uma (*orthos logos*). U jednom veoma interesantnom pasusu sv. Toma Akvinski opisuje kako prvi i opšti propis prirodnog prava – „čini dobro i izbjegavaj zlo“ – može da se razvije u konkretan niz normi. Naime, prirodno pravo nije bilo samo temelj morala i svih socijalnih i političkih institucija, već je istovremeno predstavljalo vrhovno mjerilo kojim su se mogle procjenjivati ove institucije. To je ujedno i treća teza prirodnog prava koju sugerise Akvinski, čime jasno i logički iznosi stav svojih savremenika – društvo mora biti zasnovano na pravdi. A pravda mora nadvaladati svaku drugu naredbu ili vlast.²²⁸ Sa druge strane, po Makijaveliju, ne postoji prirodna osnova pravičnosti jer ono što određuje ispravni pravac djelatnosti je nužda, a ne moralni princip: „Ljudi čine dobra djela iz nužde, ali čim im se pruži sloboda odlučivanja te se uzmognu raspojasati, odmah posvuda nastanu neredi i poremećaji.“²²⁹ Iz tog razloga, građansko društvo ne samo da ne može biti pravedno, nego ne može čak ni da pretenduje na to – „zakonitost se temelji na nezakonitosti, a svaki društveni ili moralni poredak uspostavljen je pomoću moralno sumnjivih metoda”.²³⁰ O prirodnom pravu, lord Brjus je primjetio da se „ono što je gotovo dvije hiljade godina bilo bezopasna maksima i gotovo opšte mjesto morala“, u jednom trenutku pretvorilo u „dinamit koji je skrhao jednu staru monarhiju i uzdrmao

²²⁸ A. P., d'Entreves, *Natural Law: An introduction to Legal Philosophy*, Podgorica, 2001, str. 24.

²²⁹ N., Machiavelli, *Izabrano djelo*, Zagreb, 1985, str. 202.; U ovih par sažetih formulacija sadržana je sva poetika makijavelizma. Uprkos izrazito jednostavnom i jasnom stilu pisanja, Makijavelijeva misao i dalje ostaje na izvjestan način enigmatična, jer dok jedni u njemu vide amoralnog cinika koji je na uštrb antičkog morala ponudio silu i tiraniju, za druge ostaje pravi politički genije i „Galilej Renesanse“²²⁹. Ali zagonetka o Makijaveliju ostaje i ostaće otvorena, jer ne samo što je teorijski produktivna, važna je za realan život ljudi, kao opomena građanima i vladarima šta politika jeste, a šta može da bude.; V., Pavlović, op. cit., str. 49.

²³⁰ L., Strauss, *Prirodno pravo i istorija*, Beograd, 1998, str. 135.

evropski kontinet.“²³¹ U svojoj proklamaciji vrijednosti pojedinca, moderno prirodno pravo bilo je, prije svega, odbrana subjektivnih prava i to je bilo ono što mu je dalo ogromnu snagu i energiju.

Iako pravni subjektivitet privrednog društva postulira da je, iz pravne vizure, pravno društvo entitet sposoban za sticanje, posjedovanje i otuđenje svojine, zaključivanje ugovora i izvršenje prestupa, te sledstveno tome može tužiti i biti tužen, u realnosti svaki njegov član trpi gubitak u slučaju kada je društvu nanijeta šteta. Teorija pravičnosti je prepoznala ovaj interes i ponudila korektiv u vidu mogućnosti podnošenja derivativne tužbe u slučaju kada je iz bilo kojeg razloga društvo onemogućeno da samo stane u zaštitu svojih interesa,²³² od strane “rezervnog” aktivno legitimisanog lica – člana društva koji ispunjava zakonom propisane uslove za njeno podnošenje. Budući da je nastala na polaznoj osnovi teorije pravičnosti, u literaturi se derivativna tužba nerijetko etiketira i kao “tužba pravičnosti²³³”, te zbog toga pojedini autori pravnu prirodu derivativne tužbe objašnjavaju upravo kao instrument prirodnog prava.

Naime, situacija u kojoj se član društva obraća sudu sa zahtjevom da obavežu upravu društva da nadoknadi štetu društvu predstavlja najilustrativniji izraz proboja prirodnog prava u kompanijsko

²³¹ A. P., d'Entreves, op. cit., str. 16.; Prvi zasadi takvog modernog jusnaturalizma i istinske filozofije prava pripisuju se holanđaninu Hugu Grocijusu, koji je nastojao da stvori sistem zakona, koji bi bio uvjerljiv u jednom dobu u kojem su teološke rasprave to sve manje mogle biti. Stoga je, smjelije od bilo kojeg od svojih prethodnika i pod ozbiljnim rizikom od optužbe za blasfemiju, postavio hipotezu da bi: „prirodni zakon važio i kada Boga ne bi bilo“, čime je oštro i radikalno razdvojio ono što su sholastičari sa velikom mukom pomirili i pokazao da je moguće izraditi sekularno prirodno pravo. Po njemu, da bi bilo nauka, pravo ne smije zavisiti od iskustva, već od definicija i ne od činjenica, već od logičkih dedukcija. Stoga, samo principi zakona prirode mogu adekvatno konstituisati nauku, pri čemu je neophodno izostaviti sve što je vremenski i prostorno varijabilno: „Tvrđim da, kao što matematičar apstrahuje svoje geometrijske slike od tijela, tako i u pravu ja odvraćam duh od svake pojedinačne činjenice“; E., Reclus, *Evolucija, revolucija i anarhistički ideal*, Zagreb, 2001, str. 82.

²³² E. E., Kallgren: Corporations: Shareholder Action to Compel Declaration of Dividends Held to Be a Derivative Suit under Security-for-Expenses Statute, *California Law Review*, vol. 41., br. 3, 1953., str. 547.

²³³ D., Branson, *Corporate Governance*, Washington, 1993., str. 628.

pravo, tj. davanje prednosti sudijskom osjećaju pravičnosti u odnosu na pozitivno pravo. Razlog zbog kojeg je udovoljeno ovom zahtjevu leži u činjenici da je uprava zastupnik društva u pravnom prometu i stoga joj prirodno slijedi ovlašćenje da u ime društva traži naknadu pričinjene štete. U tom smislu jedini način da se prevaziđe ovaj specifični konflikt interesa je upravo putem derivativne tužbe, koja se pokazala kao efikasno sredstvo zaštite vlasničkih interesa od nesavjesne uprave, zbog kojeg je ova praksa sudova pravičnosti vremenom inkorporirana u *common law* sistem.²³⁴

2. Teorije o pravnom subjektivitetu privrednog društva

Kako bismo u potpunosti razumjeli koncept derivativne tužbe nužno je poći i od centralnog pitanja pravne filozofije – pitanja „pravnog subjektiviteta“.

Kao što je poznato, pravo je u početku pravni subjektivitet (izražen kao sposobnost biti nosilac prava i obaveza, preduzimati pravne poslove i odgovorati za svoje radnje) priznavalo isključivo fizičkim licima zauzimajući stav da je samo fizičko lice sposobno za formiranje i izražavanje sopstvene volje. U tom smislu smatralo se da samo ono može posjedovati imovinu i biti nosilac drugih prava i obaveza, zaključivati pravne poslove i biti odgovorno za svoje postupke. Međutim, evolucija prava i društvene stvarnosti dovele su do shvatanja da se određenim zajednicama lica, odnosno kolektivima, mora priznati određeni pravni subjektivitet.²³⁵

Još je rimsko pravo prepoznalo potrebu za priznavanjem pravnog subjektiviteta, osim fizičkim licima, i određenim kolektivitetima, pri čemu je poznavalo dve vrste kolektiviteta, tj. zajednica lica: *universitas* i *societas*.

U tom smislu, rimsko pravo je priznavalo pravni subjektivitet isključivo *universitas*-u. U materijalno-pravnom smislu, on je mogao biti nosilac prava i obaveza, istupati prema trećim licima, imao je svoju imovinu, za preuzete obaveze odgovarao je samostalno, a ne putem svojih

²³⁴ V. Savković, op. cit., str. 44.

²³⁵ S., Šogorov, *Pravo privrednih društava*, Novi Sad, 2003, str.33.

članova, dok je u procesno-pravnom smislu mogao biti stranka u postupku, odnosno, pojaviti se kao tužilac ili tuženi. Pravni subjektivitet *universitas*-a donosio mu je samostalnost u odnosu na svoje članove, pa je samim tim i promjena njegovih članova bila bez uticaja na njega.

Sa druge strane, *societas* je predstavljao vid obligacionog odnosa između određenog broja fizičkih lica (ortaka), te nije imao pravni subjektivitet, pa time ni sopstvenu imovinu odvojenu od svojih članova. Ortaci su unosili svoju imovinu u cilju ostvarenja i realizacije postavljenog zajedničkog cilja potrebna, pri čemu bi svaki član (ortak) nakon unošenja imovine ostajao njen vlasnik. Logična posljedica nepostojanja pravnog subjektiviteta *societas*-a ogledala se i u činjenici da on nije mogao biti stranka u postupku, već su za njegove obaveze odgovarali njegovi članovi.²³⁶

Međutim, činjenica da su fizička lica kao pravni subjekti dugo vremena bili jedini model pravnog subjektiviteta, udarila je neizbrisiv pečat teorijama o pravnom subjektivitetu pravnih lica. To je očigledno i iz samog naziva pravnog lica, kojom je iskazana njegova potpuna odanost pravnom sistemu kao jedinom tvorcu, za razliku od pravnog subjektiviteta fizičkih lica koje je autonomnog karaktera.²³⁷ Zato je pravna teorija, pojavu pravnog subjektiviteta pravnih lica, prvenstveno dočekala teorijom negacije.

Teorija negacije ne priznaje pravnom licu svojstvo pravne ličnosti, svodeći ga na prost skup fizičkih lica u njegovom sastavu koji mogu biti jedini nosioci prava i obaveza. Dalja evolucija prava dovela je do priznavanja fiktivnog subjektiviteta pravnim licima (*teorija fikcije*) budući da se smatralo da se samo fikcijom pravnog poretka skup fizičkih lica može smatrati kao jedan pravni subjekt (*figitur una persona*) i to isključivo u pravnotehničkom smislu. Kako je to definisao Savinji: „Jedino je čovjek sposoban da ima volju i da bude subjekt u pravu, a pravno lice stvara zakonodavac kao svoju fikciju“. Bio je to najviši stepen „pravnog sinkretizma“, budući da je predstavljao afirmaciju pravnog subjektiviteta pravnih lica uz istovremenu negaciju, a pravno lice kao personifikaciju kolektiviteta stavljao u okvire pravila koje važe za fizička lica.²³⁸ Pravo

²³⁶ S., Knežević, *Organi akcionarskog društva*, Novi Sad, 2016, str. 7-8.

²³⁷ R., Kovačević-Kuštrimović, Prilog teoriji pravnih lica, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 29, Niš, 1989, str. 145-146.

²³⁸ *ibid*, str. 146.

priznanje svojstva pravne ličnosti pravnih lica uslijedilo je tek putem *teorije realnosti* koja pravna lica tretira kao društvenu stvarnost koja se kao takva mora uvažiti. Razlog za ovo priznanje pravnog subjektiviteta leži u imovinskoj samostalnosti. Za privatno pravo, u kojem se pravni promet odvija putem suočavanja imovine kao „izvorišta i utočišta“ pravnih odnosa, taj atribut je opredeljujući. Iz tog razloga, pravni poredak priznaje svojstvo subjekta prava pravnim licima, a to što iza njihovog subjektiviteta ne stoji pojedinac već kolektiv može otvoriti samo pitanje „asimilacije“ volja pojedinaca koji su u njihovom sastavu, tj. formiranje jedinstvene volje u smislu ugovornog prava.²³⁹

Dakle iako pravno lice nije živo biće, već društvena tvorevina koju pravni poredak tretira kao jedinstvenu cjelinu različitu od fizičkih lica koja su u njegovom sastavu. To podrazumijeva da pravno lice posjeduje sopstvenu pravnu, poslovnu i deliktну sposobnost. Pod pravnom sposobnošću pravnog lica smatra se da ono može biti samostalni titular prava i obaveza, na isti način kao i fizička lica (izuzev onih koja su po svojoj prirodi imanentna isključivo fizičkim licima). Međutim, u pogledu poslovne, a naročito deliktne sposobnosti ispoljavaju se razlike u subjektivitetu pravnih u odnosu na fizička lica.

Kao što je poznato, poslovna sposobnost podrazumijeva mogućnost preduzimanja punovažnih pravnih poslova, tj. sposobnost proizvođenja pravnih posljedica putem izjava volje. Budući da pravno lice kao neživo biće ne može imati svijest i izražavati pravnorelevantnu volju, taj imanentni hendikep se može nadomjestiti samo putem instituta zastupništva, što podrazumijeva da pravno lice može formulisati i izjaviti volju samo preko svojih organa.

Ipak, nedostatak „fizičkog“ supstrata pravnog lica, najočigledniji je na primjeru deliktne sposobnosti, kao odgovornosti za štetu koju prouzrokuje. Naime, pravno lice nije u stanju da preduzme radnju kojom šteta može biti prouzrokovana, ali sa druge strane, ali to mogu da učine fizička lica koja istupaju u svojstvu njegovih članova. Ipak, posljedica pravnog subjektiviteta je da će se ta radnja pripisati pravnom licu, tako da će ono biti odgovorno za štetu koja je prouzrokovana

²³⁹ ibid, str. 149.

tom radnjom. Imajući to u vidu, može se reći da odvojenost imovine pravnog lica predstavlja svojevrsnu beneficiju koju pravni poredak priznaje njenim članovima, koja proizlazi iz pravne samostalnosti pravnih lica i reflektuje se na pravni tretman obaveza pravnog lica. U pozadini tog tretmana nalaze se razlozi pravno-političke prirode, tj. intencija društva i države za ostvarivanjem privrednog razvoja. U tom smislu, odgovornost pravnog lica pruža njegovim članovima izvjesnost u pogledu sopstvenog rizika, budući da je privrednim aktivnostima imanentan određeni rizik izražen u potencijalnim negativnim finansijskim efektima, koji mogu proizaći kao posljedica neuspješnih poslovnih poduhvata.²⁴⁰

3. Derivatívna tužba i teorije o prirodi subjektivnog prava

Imajući u vidu specifičnosti pravnog personaliteta pravnih lica, kao subjekta prava čiju volju formulišu i izražavaju njegovi organi, postavlja se pitanje prirode derivativne tužbe u tom kontekstu. Uzrok problema određivanja pravne prirode derivativne tužbe ogleda se u činjenici da opšta teorija prava skoro da nema u vidu mogućnost da pravo na podnošenje tužbe može imati i lice koje nije titular subjektivnog prava koje se tužbom štiti. Naime, opšta teorija, pravo na podnošenje tužbe shvata kao ovlašćenje koje proističe iz subjektivnog prava, pa samim tim ne postoji potreba za posebnim definisanjem pravne prirode ovlašćenja na podnošenje tužbe. Međutim, kada pravo na podnošenje tužbe predstavlja jedino ovlašćenje koje određeno lice ima, tada nastaju ozbiljne teškoće u definisanju pravne prirode tog prava, koje nije vezano za subjektivno pravo istog lica.²⁴¹

Naime, budući da se pravo koje se štiti derivativnom tužbom pripada pravnom licu (što podrazumijeva da sprovođenje njegove zaštite vrše njegovi organi), postavlja se pitanje kako treba

²⁴⁰ J., Milosavljević, Probijanje pravne ličnosti, *Glasnik prava Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu*, Kragujevac, 2018.; dostupno na: <http://www.jura.kg.ac.rs/index.php/sr/2216.htm> (datum pristupa: 5. maja 2019.)

²⁴¹ J. Veličković, op. cit., str. 124.

shvatiti preuzimanje prava na njegovu zaštitu od strane tužioca kojem izvorno ne pripada pravo koje se tužbom štiti?

Kako je osnovni preduslov podnošenja derivativne tužbe, u svim jurisdikcijama koje poznaju ovaj institut²⁴² - nepostupanje po prethodno podnijetom zahtjevu, tj. odbijanje pravnog lica da samo pokrene pitanje zaštite subjektivnog prava koje mu pripada, evidentno je da derivativna tužba predstavlja negaciju njegove volje. U takvoj konstelaciji odnosa, da li na derivativnu tužbu gledati kao na vid zamagljivanja (suspenzije) pravnog subjektiviteta pravnog lica, budući da se njome na svojevrsan način suspenduje izražavanje njegove volje?

Prilikom davanja odgovora na ovo pitanje nužno je poći od načina na koji građanskopravna teorija tretira odnos prava na podnošenje tužbe sa subjektivnim pravom koje se njenim podnošenjem štiti. O prirodi prava na sudsku zaštitu, tj. prava na podnošenje tužbe, ističu se dvije dominantne struje čija je tačka razilaženja u pitanju da li je ovo pravo u krajnjoj liniji isto što i subjektivno (građansko, materijalno) pravo (*teorije jedinstva*) ili predstavlja jedan poseban, po svojim obilježjima različit pojam (*teorije dvojstva*).²⁴³

Teorije jedinstva pravo na pravnu zaštitu posmatraju kao element subjektivnog prava. Etimološki, ove teorije vuku svoje porijeklo iz rimskog prava, koje je predstavljalo sistem tužbi, a ne subjektivnih prava, te je pri razmatranju konkretnog slučaja samo postavljalo pitanje da li on predstavlja povod za tužbu ili ne. U tom duhu je i Celzusova definicija *Nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeat, iudicio persequendi* (I. 51D. 44.7) protumačena kao jedinstvo subjektivnog prava i prava na tužbu, kao njegovog konstitutivnog elementa. Slični stavovi redovno se srijeću u starijoj doktrini građanskog prava i izražavaju se na različite načine. Neki francuski pisci metaforičkim formulacijama ističu da se pravo na podnošenje tužbe isključivo svodi na subjektivno pravo i da se vršenjem prava na sudsku zaštitu subjektivno pravo stavlja u pokret, tj.

²⁴² Ovaj preduslov poznaje izuzetke u nekim pravnim sistemima, poput Japana, gdje je dozvoljena mogućnost da se derivativna tužbe prije isteka roka za postupanje po prethodnom zahtjevu ukoliko postoji opasnost od nastanka nenadoknadive štete po privredno društvo.

²⁴³ B., Poznić, V., Rakić-Vodinić, op. cit., str. 62-63.

prelazi iz statike u dinamiku. Slične odrednice sriječemo i kod drugih zagovornika ove teorije, na primjer da je pravo na tužbu samo refleksija subjektivnog prava koje se njome štiti, odnosno, ništa drugo do subjektivno pravo na ratnoj nozi. Dakle, prema teoriji jedinstva pravo na pravnu zaštitu nije ništa drugo do tuživost subjektivnog prava, tj. njegova podobnost da bude predmet sudske zaštite.²⁴⁴

Sa druge strane, *dualističke teorije* koje su se razvile na tragu kritike teorija jedinstva, polaze od stava da je pravo na pravnu zaštitu javnopravno ovlašćenje koje se u procesnom pravnom smislu svodi na odnos tužioca i suda od kojeg se zaštita traži, a ne na odnos tužioca i tuženog. U tom smislu, ove teorije naglašavaju distinkciju između prava na pravnu zaštitu i tuživosti subjektivnog prava, pri čemu prvo definišu kao ovlašćenje koje za stranku nastaje prema sudu u trenutku kada je zaštita zahtijevana, za razliku od subjektivnog prava koje je upravljeno prema tuženom. Ovakav stav ne znači da pravo na pravnu zaštitu nema ništa zajedničko sa subjektivnim pravom. Veza između ove dvije kategorije se ogleda u tome što tužiočeva pretenzija na zaštitu ima svoju podlogu u tvrdnji da mu subjektivno pravo pripada i da je ono povrijeđeno ponašanjem suprotne strane, a sadržina te zaštite treba da odgovara sadržini subjektivnog prava.²⁴⁵

Posmatrano kroz ovaj kontekst, evidentno je da se pravo na podnošenje derivativne tužbe ne bi moglo objasniti putem teorije jedinstva jer ovdje imamo situaciju u kojoj pravo na pravnu zaštitu pripada tužiocu koji ne posjeduje subjektivno pravo koje se tužbom štiti. Dakle, dosljednom primjenom teorije jedinstva subjektivnog prava i prava na tužbu, derivativna tužba postaje pravnotehnički nemoguća.

Ipak, savremena doktrina građanskog prava dala je primat dualističkim teorijama koje iako ova dva prava jasno razlikuju, ne negiraju identičnost njihove sadržinske osnove. Zato treba postaviti pitanje da li pravo na podnošenje derivativne tužbe ima pravnu prirodu subjektivnog prava (člana društva koje je podnosi)?

²⁴⁴ ibid, str. 63.

²⁴⁵ ibid, str. 65.

Sama definicija subjektivnog prava, kao ovlašćenja koje objektivno pravo priznaje pravnom subjektu, upućuje da ono mora biti praćeno obavezom drugih lica. Međutim, pravo na podnošenje derivativne tužbe nije praćeno nikakvom obavezom drugog lica, jer ukoliko društvo ne postupi po prethodnom zahtjevu kojim se inicira derivativna tužba, posljedica se ne ogleda u mogućnosti prinudnog, već direktnog vršenja.²⁴⁶ Dakle, pravo na derivativnu tužbu se rađa iz sopstvene negacije, tj. uslov njegovog postojanja je nerealizacija subjektivnog prava, pa samim tim ono i ne može biti subjektivno pravo²⁴⁷ u pravom smislu te riječi.

Iz tog razloga pojedini autori pravnu prirodu derivativne tužbe definišu preko instituta građanskog prava koji su vrlo slični subjektivnom pravu – preobražajnim pravima (potestativno pravo, pravna moć) i pravnim stanjem.

4. Pravna priroda derivativne tužbe

Pravna moć predstavlja ovlašćenje određenog lica da jednostranom izjavom volje proizvodi neku pravnu posljedicu (npr. prihvatanje ponude, odricanje od naslijeđa). Ono je po svojoj prirodi različito od pojma subjektivnog prava i predstavlja mogućnost titulara da izjavom volje utiče na nastanak, promjenu ili prestanak građanskopravnog odnosa sa drugim subjektom bez njegovog pristanka. Ipak pravo podnošenja derivativne tužbe se ne bi moglo okarakterisati kao preobražajno pravo, uzimajući u obzir dva razloga. Prvo, pravna moć nema svoj objekat, za razliku od derivativne tužbe

²⁴⁶ J., Veličković, op. cit., str. 124.

²⁴⁷ Jedino teorijsko uporište za shvatanje da pravo na podnošenje derivativne tužbe predstavlja subjektivno pravo pružilo je jedno učenje u italijanskoj nauci kojim se ne poriču razlike između subjektivnog prava i prava na njegovu zaštitu (*azione*), ali se apostrofira identičnost njihove pravne prirode. Kao osnovnu razliku između ove dvije kategorije, ovo učenje ističe razliku u njihovim predmetima jer pravo na podnošenje tužbe teži odluci suda, kao svom krajnjem cilju, što ne obrazuje sadržinu subjektivnog prava. Jedno je, na primjer, pravo povjerioca da dobije činidbu od dužnika, a drugo je *manu judicis* oduzeti dužniku imovinu koju duguje. Prema ovom učenju, pravo na zaštitu rađa se kao derivat – sekundarno pravo iz koje je derivirano iz primarnog subjektivnog prava.; B., Poznić, V. Rakić-Vodinelić, op. cit., str. 64.

koja ga ima i drugo – pravna moć je vezana za rok prekluzivnog karaktera i prestaje ako se ne realizuje u tom roku.

Sa druge strane, koncept pravnog stanja vrlo je sličan konceptu derivativne tužbe. Pod pravnim stanjem se podrazumijeva postojanje izvjesnih elemenata (okolnosti, činjenica) kojima nedostaje određena činjenica da bi dobili karakter subjektivnog prava (npr. savjesni držalac može istekom određenog roka, tj. održajem postati vlasnik stvari). U ovom slučaju jasna je analogija sa derivativnom tužbom, budući da sticanjem svojstva člana društva nastaje materijalno-pravni odnos koji može dovesti do nastanka prava na podnošenje derivativne tužbe po ispunjenju drugih uslova – podnošenja prethodnog zahtjeva društvu i propisanog kapital učešća.

Dakle, član društva se nalazi u pravnom stanju koje može ishodovati pravom na podnošenje derivativne tužbe sve do momenta prijema negativnog odgovora na upućeni zahtjev ili nepostupanja po njemu. Dakle derivativna tužba nema prirodu subjektivnog prava, već ovlašćenja koje je slično subjektivnom pravu i proizilazi kao posljedica njegove pravne pozicije kao člana društva. U konačnom ishodu može se zaključiti da derivativna tužba ima dvostruku pravnu prirodu, jer u fazi prije podnošenja tužbe sudu sadrži elemente pravnog stanja, odnosno pravne pozicije člana društva, dok od trenutka podnošenja tužbe predstavlja parničnu radnju.²⁴⁸

5. Osnovne karakteristike derivativne tužbe

Zakonsko utemeljenje primarnog tužilačkog statusa u korist društva i propisivanje neophodnog procenta kapital učešća motivisano je nastojanjem da se broj sporova pokrenutih po derivativnoj tužbi svede na minimum i preduprijedi podnošenje veksatornih tužbi.²⁴⁹ U tom smislu, derivativna tužba po svojoj prirodi ima *supsidijarni* i u određenoj meri *akcesorni* karakter. Naime, primarni

²⁴⁸ J., Veličković, op. cit., 126.

²⁴⁹ D., Slijepčević, op. cit., str. 101.; Pod veksatornim tužbama podrazumijevaju se tužbe podnijete isključivo u cilju zlonamjernog uznemiravanja suprotne stranke.

tužilac po logici stvari treba da bude samo onaj kome je šteta i nanijeta, tj. u ovom slučaju samo privredno društvo kojem, u slučaju da uspije u sporu, pripada dosuđeni iznos naknade.

Specifičnost pravne prirode derivativne tužbe se ogleda u činjenici da ona predstavlja i više nego opravdan izuzetak od opštih načela i kompanijskog i građanskog prava.

Kao jedno od bitnijih načela kompanijskog prava koje se primjenjuje na društva kapitala - raspodjela korporativne moći predviđa da je za donošenje svih odluka uvijek nadležan određeni organ koji donosi odluke u ime društva²⁵⁰. Međutim, kod derivativne tužbe ovo nije slučaj budući da odluku o njenom podnošenju ne donosi nadležni organ, tj. uprava društva već pojedini članovi (akcionari sa propisanim kapital cenzusom). Isto, tako ova tužba predstavlja važan izuzetak i od načela većinskog odlučivanja, budući da je mogu podnijeti akcionari koji posjeduju samo 5% učešća u osnovnom kapitalu društva, što je izrazito niži procenat u odnosu na uobičajnu većinu koja je potrebna za donošenje odluka u društvu.

Derivativna tužba takođe predstavlja izuzetak od opšteg načela građanskog prava o jedinstvu stvarne i procesne legitimacije, budući da u postupku pokrenutom po njoj zaštitu povrijeđenog prava ne traži titular tog prava, tj. privredno društvo kojem je nanijeta šteta, već procesna legitimacija za vođenje postupka pripada članu društva.

6. Cilj derivativne tužbe

Kako je tužilac pravno lice, čiju volju formulišu njegovi organi, čiji članovi u konkretnim okolnostima mogu biti tuženi zbog povrede svojih kompanijskih dužnosti koje prouzrokuju štetu društvu, to je logično da u takvim okolnostima njihova volja koja je pravno volja samog društva neće biti pokretanje odgovarajućeg sudskog postupka. Kako posredni interes iz postupka po ovoj tužbi imaju članovi društva, kao vlasnici kapitala društva, čiji interes primarno i otjelotvoruje interes tog društva, to je logika zakonodavca da davanje prava na podizanje ove tužbe članovima

²⁵⁰ član 3., ZPD.

društva može imati dvojaku funkciju: kao prvo, pritisak na samo društvo da podigne ovu tužbu i kao drugo, ako taj pritisak ostane bez dejstva da oni mogu samostalno i bezuslovno podnijeti ovu tužbu.²⁵¹ Iz tog razloga, među pravnim teoretičarima ne postoji jedinstveno mišljenje (uostalom, kao i u drugim segmentima analize ovog rijetko kontraverznog pravnog instituta) u pogledu cilja derivativne tužbe.

Ipak, kao preovlađujući stav teorija je zauzela gledište o kompenzatornom cilju budući da se ista podnosi zarad ostvarenja materijalne satisfakcije. Kao konkurentski stav ističe se odvracanje potencijalnih počinilaca od prouzrokovanja štetnih radnji, tj. represija kao primarni cilj ovog instrumenta. Zagovornici ovog mišljenja navode tri suštinska nedostataka kompenzatornog cilja derivativne tužbe kao primarnog: 1. intezivne promjene u vlasničkoj strukturi akcionarskog društva (iako u slučaju uspjeha spora dosuđena naknada pripada društvu); 2. mogućnost da akcionari zadrže vlasničku funkciju i nakon okončanja postupka uz odsustvo razmatranja posredne štete koju akcionari pretrpe od strane sudova; 3. izražena nesrazmjera u utrošku vremena i sredstava potrebnih za vođenje ovog postupka u odnosu na povećanje tržišne vrijednosti akcija koji bi se eventualno postigao derivativnom tužbom.²⁵² Imajući to u vidu, može se zaključiti da se sudovi pred koje se postavlja pitanje kojem cilju dati prioritet, nalaze pred zahtjevnim zadatkom da pruže odgovor koji će uspostaviti prijeko potreban ekvilibrijum između ova dva dominantna cilja, odnosno njihove realizacije u praksi.²⁵³

7. Pozicioniranje derivativne tužbe kao pravnog instituta

Glavni zaključak sveobuhvatne analize jednog pravnog instituta je njegovo pozicioniranje u pravnom sistemu, odnosno, iznalaženje argumentovanog objašnjenja koje treba da pruži adekvatno opravdanje za njegovo zadržavanje u pravnom poretku. Ovaj zadatak se ukazuje naročito nužnim

²⁵¹ M., Vasiljević, op. cit., str. 90.

²⁵² J. C., Coffe, D. E., Swartz, The survival of the Derivative Suit: An Evaluation and a Proposal for Legislative Reform, *Columbia Law Review*, 1981, str. 43.

²⁵³ V., Veković, *Zaštita prava manjinskih akcionara kroz derivativnu tužbu*, Beograd, 2011, str. 22.

kod kontraverznih pravnih instituta, poput derivativne tužbe, kod kojih je svaka tematizacija prirode, dometa, svrhe i značaja izvorište rasprava obojenih dubokim nesaglasjem i polarizovanih gledišta.

U cilju postizanja adekvatne argumentacije i preglednosti samog rada, na ovom mjestu ćemo prvenstveno izložiti dosadašnje koncepcije koje je dala teorija derivativne tužbe, a zatim obrazložiti svaku od njih ponaosob uz analizu stepena njihove adekvatnosti sa prirodom ovog instituta.

7.1. Derivativna tužba kao korektivni mehanizam korporativnog upravljanja

U uporednoj literaturi kompanijskog prava, derivativna tužba se često percipira kao korektivni mehanizam korporativnog upravljanja, tj. instrument rješavanja agencijskih problema.

Evolucija koncepta korporativnog upravljanja odvijala se na dva paralelna teorijska kolosjeka – teorije konflikta i teorije konsenzusa. U tom smislu osnovni postulat konfliktnih teorija je da razdvajanje funkcija vlasništva od funkcije upravljanja u privrednom društvu proizvodi neminovan sukob interesa između vlasnika i uprave. Na toj osnovi razvijena je tokom 1970-ih agencijska teorija kao temelj tradicionalnih istraživanja iz oblasti korporativnog upravljanja.

Sa druge strane, teorije konsenzusa polaze od drugačije premise. Naime, po njima, uprava nije primarno fokusirana na isključivo ostvarenje sopstvenih ciljeva, već poput “dobrih stjuarda” upravlja resursima u interesu vlasnika kapitala. U okvirima konsenzus teorija, razlikuju se Teorija uslužnosti (*Stewardship theory*)²⁵⁴, Teorija zavisnosti od resursa (*Resource dependence theory*)²⁵⁵,

²⁵⁴ Teorija uslužnosti naglašava značaj unutrašnjih, nematerijalnih podsticaja – “nematerijalni motivatori” koje nije lako kvantifikovati (kao što su potreba za uspjehom i priznanjem), a koji podstiču menadžere da djeluju u interesu kompanije. J., Nikolić, *Interni Mehanizmi korporativnog upravljanja kao determinanta strategijskog odlučivanja*, Beograd, 2014, str. 29.

²⁵⁵ Teorija zavisnosti od resursa postulira da tržišna pozicija i konkurentska prednost privrednog društva dominantno zavisi od količine resursa sa kojima društvo raspolaže, zato je primarni zadatak uprave da

kao i već pominjana Teorija multiinteresnih grupa (*Stakeholder theory*), koje su nastale kao odgovor na nove perspektive u istraživanju problema korporativnog upravljanja.²⁵⁶ Osnovni stav navedenih teorija može biti sublimiran u sledećem stavu: neophodan preduslov za iznalaženje efikasnog i održivog mehanizma za maksimiranje profita, uz uvažavanje interesa svih zainteresovanih subjekata ogleda se u uspostavljanju balansiranih odnosa saradnje i koordinacije moći vlasnika i izvršnih direktora.

Ipak, u ovom teorijskom sukobu, apsolutnu prednost su ostvarile konfliktne teorije tako da se korporativno upravljanje danas dominantno izučava kroz agencijsku teoriju, odnosno institut agencijskog problema.

Pojam agencijskog problema nastao je u ekonomskoj doktrini kao način objašnjenja svih relacija koje mogu nastati u situaciji kada veći broj učesnika sa potencijalno nekonvergentnim interesima učestvuje u zajedničkom poduhvatu, pri čemu svaki od učesnika ima određeni stepen diskrecije u procesu donošenja zajedničkih odluka, odnosno, da dobrobit jednog lica zavisi od radnji preduzetih od strane drugih lica.²⁵⁷ U tom smislu, „agencijski odnos je sporazum u kojem jedno ili više lica (principal) delegira ovlašćenja na drugo lice (agenta) da vrši radnje za principala“, a skoro svaki ugovorni odnos u kojem se jedna strana obavezuje na vršenje radnji za drugu stranu je potencijalni izvor agencijskog problema.²⁵⁸

Naime, pluralitet konstituenata privrednog društva pretpostavlja i pluralitet u njemu zastupljenih interesa, budući da iako konvergiraju istom zajedničkom cilju – uspešnom poslovanju društva, svi

uspostavi efektivnu kooperaciju sa značajnim interesnim grupama i time otvori pristup kapitalu i drugim izvorima.; B., Tricker, *Corporate Governance: Principles, Policies and Practices*, New York, 2009, str. 227.

²⁵⁶ J., Nikolić, op. cit., str. 23.

²⁵⁷ V., Radović, Uticaj agencijskih problema na pravo akcionarskih društava i korporativno upravljanje, *Razvoj pravnog sistema Srbije i harmonizacija sa pravom EU – pravni, ekonomski, politički i sociološki aspekti*, 2007, Beograd, str. 235.

²⁵⁸ F. H., Easterbrook, D. R., Fischel, Corporate Control Transactions, *Yale Law Journal*, br. 91, 1982, str. 700.

konstituenti koji ga sačinjavaju ispoljavaju i brojne druge partikularne ciljeve nerijetko različite od interesa društva kao cjeline, što neizbježno vodi učestalim konfliktima njihovih nosilaca. U tom smislu, osnovni izazov agencijskih teorija ogleda se u pitanju na koji način osigurati da agent postupi u interesu svog principala?

Agencijska teorija razmatra dva osnovna agencijska problema: *negativna selekcija* i *moralni hazard*.²⁵⁹ Pod pojmom negativne selekcije podrazumijeva se da u trenutku izdavanja naloga principal ne može znati da li agent posjeduje neophodna znanja i vještine za obavljanje konkretnog posla. Slično tome, moralni hazard odnosi se na rizik da agent neće uvek ulagati maksimalne napore da ostvari ciljeve principala. Problemi negativne selekcije i moralnog hazarda potvrđuju da fiksni ugovori o nadoknadama koje agenti primaju ne predstavljaju uvijek optimalan način usklađivanja interesa između principala i agenta. Agencijska teorija se fokusira na rješavanje navedenih problema, što podrazumijeva određivanje adekvatnog mehanizma za uređenje odnosa principal-agent.²⁶⁰ Uz to, treba pomenuti da u odnosu članova i uprave privrednog društva po redovnom toku stvari redovno dolazi do izražaja i problem informacione asimetrije, tj. veće informisanosti uprave u odnosu na članove.

Najilustrativniji prikaz agencijskih problema koji mogu nastati u jednom privrednom društvu se najbolje ogleda na primjeru akcionarskih društava, čija priroda podrazumijeva postojanje velikog broja učesnika koji međusobno nemaju istovjetne interese. Riječ je o tome da jedan prosječan direktor akcionarskog društva nema ni približno snažan interes za maksimizacijom dobiti, kao što je slučaj sa interesom prosječnog akcionara. Razlog ovome leži u činjenici da direktor akcionarskog društva ima u velikoj mjeri fiksna primanja, koja u principu ne zavise od uspješnosti poslovanja društva. Ovo najbolje ilustruje činjenica da će kao posljedicu loših poslovnih rezultata uprava redovno prihvatiti i značajno umanjenje sopstvenih primanja, ukoliko sa druge strane mogu računati na dobit stečenu zloupotrebom sopstvenih ovlašćenja. Isto tako, čest je slučaj da u situaciji

²⁵⁹ K. M., Eisenhrand, Agency theory: an assessment and review, *Academy of Management Review*, br. 14, 1989, str. 57

²⁶⁰ J., Nikolić, *Interni Mehanizmi korporativnog upravljanja kao determinanta strategijskog odlučivanja*, Beograd, 2014, str. 25.

kada se društvo nađe pred preuzimanjem, direktori umjesto da izaberu najbolji mogući trenutak i time ostvare najbolju prodajnu cijenu akcija (za akcionare koji optiraju da prodaju svoje akcije), svoje napore usmjere ka neracionalnoj i za akcionare neisplativoj odbrani od preuzimanja, kako bi se zadržali na stečenim pozicijama u društvu. Možemo zaključiti da su naznačene i slične zloupotrebe direktna posljedica činjenice da postojeći sistem odnosa u savremenom akcionarskom društvu upravi daje nesrazmjerno velika ovlaštenja u odnosu na interes koju objektivno ima za uspješnim poslovanjem, posebno kada se pod uspješnim poslovanjem podrazumijeva ostvarenje najvećeg interesa samih akcionara.²⁶¹

Na taj način ističu se tri dimenzije višeslojnosti interesa u privrednom društvu, kao izvor potencijalnih sukoba, na relaciji: **članovi – uprava** kao konflikt interesa između principala i agenta, tj. nalogodavca i nalogoprimca; **većinski - manjinski članovi**, kao opasnost od zloupotrebe principa većinskog odlučivanja (tzv. „tiranije većine“); i **društvo/članovi – ostali nosioci rizika** (povjerioci, poslovni partneri, zaposleni, potrošači, država i lokalna zajednica), u kojem ostali nosioci rizika imaju svojstvo principala, dok društvo ima svojstvo agenta, koji široko rasprostranjen u svim sistemima, nezavisno od strukture akcionarstva.

Potrebno je istaći da su dimenzije višeslojnosti interesa, tj. potencijalnih sukoba koje mnogu nastati u jednom privrednom društvu u velikoj mjeri uslovljene sveukupnom klimom korporativnog upravljanja i strukturom vlasništva, pa se tako sukob na relaciji akcionari – uprava najčešće pojavljuje u sistemima disperzovanog akcionarstva (anglosaksonski model korporativnog upravljanja), dok je sukob na relaciji većinski akcionar – manjinski akcionari obično vezan za sisteme sa koncentrisanim akcionarstvom (evropskokontinentalni model korporativnog upravljanja). Iz tog razloga u tabeli koja slijedi prikazana je komparativna analiza i najmarkantnije karakteristike oba modela:

²⁶¹ Ni interesi akcionara i interes društva kao zasebnog entiteta nisu uvijek identični. Najznačajniji interes akcionara velikog društva kotiranog na berzi jeste maksimizacija profita, njegova raspodjela u formi dividende i rast tržišne vrijednosti njegovih akcija, kao krajnji rezultat. To nije neminovno i najveći interes društva. Naime, prvenstveni interes društva se ogleda u širenju djelatnosti i ekspanziji na nova tržišta, što zadovoljenju naznačenih interesa akcionara vodi samo uslovno i na dugi rok. V., Savković, op. cit., str. 6-7.

Tabela 3 Komparativna analiza modela korporativnog upravljanja²⁶²

INDIKATORI	ANGLOSAKSONSKI MODEL	KONTINENTALNOEVROPSKI MODEL
Struktura vlasništva	Disperzija vlasništva Dominantan tip – finansijske institucije i fizička lica	Koncentracija vlasništva Dominantan tip – kompanije i fizička lica
Potencijalni agencijski problem	Konflikt interesa na relaciji principal (vlasnik) – agent (uprava)	Konflikt interesa na relaciji principal (većinski akcionar) – principal (manjinski akcionari)
Nadzor	Eksterna kontrola putem prodaje akcija	Interna kontrola putem nadzornog odbora
Mehanizmi korporativnog upravljanja	Značaj eksternih mehanizama korporativnog upravljanja (tržište kapitala i pravni sistem) Primarna uloga tržišta kapitala Klima učestalih neprijateljskih preuzimanja Jednodomni model upravnog odbora – funkcije upravljanja i kontrole su objedinjene	Značaj internih mehanizama korporativnog upravljanja (struktura vlasništva i upravni odbori) Sekundarna uloga tržišta Averzija prema neprijateljskim preuzimanjima Dvodomni model upravnog odbora – funkcije upravljanja i kontrole su razdvojene

²⁶² Maassen, 2000, str. 34; Ooghe & De Langhe, 2002, c. 44; Đankova, 2006.; J. Nikolić, op.cit., str. 66

Struktura investicija	Kratkoročne investicije koje omogućavaju brz povraćaj sredstava	Dugoročne, nisko-rizične investicije
Značaj stejkholdera	Zanemarivanje interesa drugih interesnih grupa, osim akcionara	Uvažavaju se interesi svih zainteresovanih strana
Društvena odgovornost	Nizak stepen – uglavnom filantropska odgovornost	Visok stepen odgovornosti – ekonomska, pravna, etička i filantropska

Anglosaksonski (akcionarski, tržišni) model korporativnog upravljanja veže se za SAD, Veliku Britaniju, Kanadu, Australiju i Novi Zeland i temelji na aktivnom, živom tržištu kapitala uz minimalni državni intervencionizam, pri čemu se kao glavni cilj postavlja maksimizacija profita. Ovaj model korporativnog upravljanja karakteriše visoka disperzija, tj. veliki broj vlasnika sitnog kapitala koji srazmjerno posjedovanom kapitalu nemaju značajni uticaj na formulisanje poslovne politike, te je iz tog razloga, evidentan jaz između funkcija vlasništva i upravljanja, a uprava uživa veliku diskreciju u odlučivanju. Ova pojava je u teoriji korporativnog upravljanja etiketirana kao prvi agencijski problem.

Mnogi autori tvrde da se agencijski problem koji se javlja prilikom razdvajanja vlasništva od upravljanja dodatno komplikuje uslijed velike disperzije vlasništva, budući da u tim društvima članovi ne mogu da vrše potpuni nadzor nad radom članova uprave, niti mogu da se direktno uključe u donošenje svih poslovnih odluka. Na taj način uprava uživa veliku diskreciju u domenu svakodnevnog upravljanja društvom, te se na taj način agencijski problem svodi na pitanje u kojoj mjeri principal može da usmjeri rad agenta u željenom pravcu.²⁶³ U tom smislu, troškovi nadzora uprave, odnosno transakcioni troškovi kontrole rada agenta su, za vlasnike malog broja akcija društva, visoki u odnosu na njihov ulog, dok je sa druge strane, obzirom na stepen učešća u

²⁶³ Primjera radi, većinski akcionar koji je sebe postavio za generalnog direktora želi da prisvoji visoku naknadu, član uprave želi da prisvoji poslovnu mogućnost društva u lične svrhe, manjinski akcionari traže raspodjelu dividendi i ako to za društvo ne bi bilo isplativo. V., Radović, op. cit., str. 235-240.

osnovnom kapitalu, veoma niska mogućnost njihovog uticaja na donošenje odluka u društvu. Iz tog razloga prirodna pozicija "malog" akcionara je da bude "slijepi putnik" (*free rider*), odnosno da pasivno očekuje od ostalih akcionara da aktivno vrše afirmativnu akciju usmjerenu na upravu društva u cilju povećanja njegove efikasnosti.²⁶⁴

Sa druge strane, zemlje kontinentalne pravne tradicije, u kojima praksa akcionarstva nije dostigla visok stepen razvoja, najčešće karakteriše koncentrisano akcionarstvo, tj. postojanje akcionara ili grupe povezanih akcionara koji posjeduju kontrolni paket akcija koji im omogućava ostvarenje direktne ili indirektno kontrole nad društvom.²⁶⁵ U ovim sistemima ne dolazi do razdvajanja „svojine nad društvom” od upravljanja društvom, već do njihove integracije kojoj dolazi do nivelisanja interesa uprave i članova društva. Međutim, u sistemu koncentrisanog akcionarstva se javlja problem druge prirode – ugroženost pozicije manjinskih akcionara. Naime, kako su kod visoke koncentracije vlasništva interesi uprave i većinskog akcionara skoro pa istovjetni, uprava će redovno preuzimati radnje u interesu većinskog akcionara, pa se samim tim manjinski akcionari mogu naći u nezaštićenoj poziciji, jer se njihovi interesi ne uzimaju u obzir prilikom donošenja odluka.²⁶⁶ Ovaj potencijalni sukob na relaciji većinski akcionar – manjinski akcionari, teorija korporativnog upravljanja prepoznala je kao drugi agencijski problem.

Imajući ovo u vidu, postavlja se pitanje da li derivativna tužba može predstavljati mehanizam korporativnog upravljanja, odnosno, da li je derivativnu tužbu moguće smatrati efektivnim sredstvom rješavanja agencijskih problema?

Naime, kako je istaknuto u dijelu izlaganja o anglosaksonskom modelu korporativnog upravljanja, disperzovana struktura akcionarstva redovno ima za posljedicu sukob na relaciji akcionari – uprava društva. Razmatrajući potencijal derivativne tužbe kao instrumenta za rješavanje tog sukoba,

²⁶⁴ Komisija za hartije od vrijednosti Crne Gore, *Unaprjeđenje korporativnog upravljanja u Crnoj Gori*, Podgorica, 2009, str. 18.

²⁶⁵ C., Bergstrom, P., Hogfeldt et al., The Regulation of Corporate Acquisitions: A Law and Economics Analysis of European Proposals for Reform, *Columbia Business Law Review*, br. 1995, 1995, str. 505-507.

²⁶⁶ V., Radović, Uticaj agencijskih problema na pravo akcionarskih društava i korporativno upravljanje, *Razvoj pravnog Sistema Srbije i harmonizacija sa pravom EU – pravni aspekti*, Beograd, 2007, str. 251.

potrebno je uzeti u obzir njen cilj koji se ogleda u zaštiti interesa privrednog društva. U tom smislu, ukoliko interes društva i interes akcionara među sobom nisu istovjetni, jasno je da derivativna tužba ne može biti adekvatan instrument rješavanja prvog agencijskog problema koji se dominantno svodi na pitanje zaštite interesa samih akcionara, jer u tom slučaju akcionari zaštitu svojih neposredno povrijeđenih prava treba da ostvare putem direktne, a ne derivativne tužbe. Samo ukoliko su interes akcionara i društva istovjetni, derivativna tužba može biti adekvatan mehanizam korporativnog upravljanja. Ovo iz razloga što uspješno okončanje postupka po derivativnoj tužbi dovodi do posrednih pozitivnih efekata na sve članove društva koje je pretrpjelo štetu uslijed kršenja posebnih dužnosti od strane uprave. Takođe, nesporno je da svijest o mogućnosti utuženja derivativnom tužbom na upravu može imati izvjestan odvrćući uticaj od loših poslovnih odluka, tako da se putem nje ostvaruje i snažan preventivni efekat.

Do sličnog zaključka nas odvodi i analiza derivativne tužbe u kontekstu drugog agencijskog problema. Naime, drugi agencijski problem se svodi na sukob između dvije kategorije akcionara – većinskog i manjinskih, a stav nekih autora je da je u tom pogledu teško poistovjetiti interes privrednog društva, u cilju čije zaštite je derivativna tužba i ustanovljena, sa interesima jedne od kategorije akcionara.²⁶⁷ Naravno da i u ovom slučaju, manjinski akcionar koji smatra da mu je nekom radnjom većinskih akcionara neposredno povrijeđeno neko pravo, njegovu zaštitu može da ostvari u postupku po individualnoj tužbi. Međutim, ukoliko većinski akcionar ima neposredno ustanovljene fiducijarne dužnosti prema privrednom društvu, onda i u ovom slučaju, kao i kod prvog agencijskog problema, potencijal derivativne tužbe u kontekstu rješavanja drugog agencijskog problema treba razmatrati u zavisnosti od istovjetnosti interesa manjinskih članova i društva.

Samim tim, evidentno je da, iako se primarni cilj derivativne tužbe ne ogleda u regulisanju internih odnosa u društvu jer do njene primjene dolazi kada je konflikt već nastao, ona sekundarno - putem ostvarenja svog primarnog cilja kroz zaštitu samog društva, posredno štiti i njegove članove od nedozvoljenog ponašanja subjekata posebnih dužnosti. Takođe, specifična priroda derivativne

²⁶⁷ Neki autori stoje na stanovištu da u slučaju sukoba većinskog i manjinskih akcionara, prednost treba dati zaštiti interesa manjinskih članova jer se u njemu ogleda i interes privrednog društva.; J., Veličković, op. cit., str. 177.

tužbe ne omogućava njeno supstituisanje drugim instrumentima u sistemu korporativnog upravljanja, što je još jedan argument u prilog tezi da ona u tom sistemu zaslužuje posebno mjesto. Uostalom, derivativna tužba je i nastala kao posljedica napetosti između akcionara i uprave. Naposljetku, preventivni efekat koji ostvaruje kao instrument prinudne realizacije fiducijarnih dužnosti značajan je za cjelokupno funkcionisanje privrednog društva, pa samim tim i za regulisanje internih odnosa u njemu.

7.2. Derivativna tužba kao pravo manjinskih akcionara

Mnogi autori određuju derivativnu tužbu kao posebno pravo koje pripada manjinskim akcionarima, zbog čega se ona redovno percepira kao vid zaštite investitora.

U cilju analize ove koncepcije razmotrićemo ideološku pozadinu koncepta zaštite manjine, značaj potrebe za tom zaštitom, sam pojam manjinskih akcionara, budući da se radi o pojmu za koji ne postoji opšteprihvaćena definicija, a zatim ulogu derivativne tužbe u ostvarivanju njihove zaštite.

Kolijevka ideje o zaštiti manjine po kapitalu, bilo je pravo SAD-a u vremenu kada su privredna društva osnivana odlukom države, pri čemu je osnivački akt predstavljao ne samo ugovor između privrednog društva i države, već i ugovor između svih članova. Praktična implikacija te prakse ogledala se u pravu veta svakog člana na sve odluke kojima se predlaže neka fundamentalna korporativna promjena. Prema tome, za odluke poput izmjene osnivačkog akta, spajanja, pripajanja, prodaje imovine društva i sl. uvek se zahtijevala jednoglasnost.²⁶⁸

Takvo rješenje je uskoro počelo da izaziva velike probleme u svakodnevnom privrednom životu i formulisanju ključnih poslovnih odluka, što se posljedično reflektovalo i na razvoj privrede u cjelini, budući da je onemogućavalo blagovremenu reakciju na učestale promjene okolnosti u izuzetno dinamičnom poslovnom ambijentu. Naime, volja jednog člana, ma koliko irelevantnog u

²⁶⁸ M., Vasiljević, V., Radović, Teorijske osnove prava nesaglasnih akcionara, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 3, 2017, str. 9.

finansijskom smislu, bila je podobna da blokira donošenje odluka, uprkos tome što bi predložena odluka nailazila na podršku ostalih članova.

Kako u velikim akcionarskim društvima gotovo da nije moguće obezbijediti podršku svih akcionara, to je faktički značilo da su krupne korporativne promjene predstavljale samo teorijsku mogućnost, pri čemu su većinskim akcionarima povodom toga bile vezane ruke. Kao potencijalni način izlaska iz opisane situacije i put ka adekvatnijem mehanizmu formulisanja poslovnih odluka unutar društva, kompanijsko pravo je princip jednoglasnosti zamijenilo principom većinskog odlučivanja, pri čemu se po pravilu postavljao zahtjev za kvalifikovanom većinom²⁶⁹, kada je u pitanju donošenje fundamentalnih odluka.²⁷⁰

Princip većinskog odlučivanja plod je razvoja demokratskih načela i teorije većine, koja datira još od vremena antičke Grčke, sa aspiracijama ka idealu slobodnog društva u kojem su svi jednaki i imaju ista prava, društva u kojem ne postoji apsolutna vlast inkorporirana u vidu monarha ili oligarhijske grupe, već se ona nalazi u rukama cijelog naroda. Upravo takav politički sistem koji se naziva demokratija²⁷¹, predstavlja stvarnost savremenog društva u kojem stoluje na pijedestalu univerzalnih vrijednosti modernog doba.

²⁶⁹ Žan Žak Ruso se smatra utemeljivačem klasifikacije većina na: prostu, apsolutnu, relativnu i kvalifikovanu, prilagođavajući ih kontekstu i značaju odluke koja se donosi. U svom monumentalnom djelu *Društveni ugovor*, istakao je da: “Između jednoglasnosti i podjele glasova postoji nekoliko vrsta kvalifikovanih većina čije se proporcije mogu prilagoditi uslovima i potrebama političkog tijela koje je u pitanju. Pri tome se za regulisanje ovih proporcija primjenjuju dvije generalne maksime. Po jednoj, što je pitanje o kome se debatuje značajnije i ozbiljnije, pobjedničko mišljenje mora biti bliže jednoglasnosti. Prema drugoj, što je posao koji treba završiti hitniji, to propisana razlika u podjeli mišljenja treba da bude manja. Kad je riječ o raspravama koje se moraju hitno završiti, i većina od jednog glasa treba da bude dovoljna. Prva maksima, čini se, više odgovara pri donošenju zakona, a druga kad je riječ o poslovnim pitanjima”; J. J., Rousseau, *On the Social Contract, with Geneva Manuscript and Political Economy*, New York, 1978, str. 111.; R., Radonjić, *Demokratija*, Podgorica, 2015, str. 35-60.

²⁷⁰ M., Vasiljević, V., Radović, op. cit., str. 10.

²⁷¹ Pojavu demokratije do koje je došlo usled transformacije u političkim idejama i institucijama kod starih Grka, Robert Dal smatra izuzetno važnom za cjelokupno ljudsko društvo, upoređujući je sa pronalaskom

Iako je sistem većinskog odlučivanja društveni sistem oko kojeg danas postoji najveća saglasnost jer onemogućava „tiraniju manjine nad većinom“, bez adekvatnih ograničenja on može dovesti do zloupotrebe većine, tj. „tiranije većine nad manjinom“. Naime, još je Ciceron isticao da “nema opasnije tiranije od tiranije u kojoj učestvuje cijeli narod”, Ksenofont je Atinjanima uporno zamjerao na tome što imaju vlast “u kojoj uvijek najveći zlikovci najbolje prolaze, a časni i vrli ljudi bacaju pod noge”, a Bodin tvrdio da je narod “mnogoglava zvijer bez moći rasuđivanja”, tako da tražiti savjet od njega, “kao što se u davnini radilo u narodnim republikama, isto je što i tražiti mudrost od mahnita čovjeka”.²⁷²

Na podlozi tih razmišljanja o otporu prema ideji demokratije osvanula je i teorija o zloupotrebi principa većinskog odlučivanja, odnosno ideji kolektivnog upravljanja, koja je ostvarila naročito snažan uticaj u periodu velikih socijalnih i političkih promjena krajem XVIII i početkom XIX vijeka. Filozofsku podlogu tog otpora teorije o zloupotrebi većine predstavljalo je uvjerenje da se paradoks demokratije, a time i njena ograničenost, ogleda u tome što ona njeguje senzibilitet za masu, a zazire od individua koje tu masu čine.²⁷³ Opasnost da energija masa bude usmjerena u neželjenom pravcu dodatno apostrofira okolnost da je unutrašnja logika demokratskih ustanova usmjerena na način da “budi i podstiče žudnju za jednakošću, a da je nikada u potpunosti ne

točka. Promjene koje su se odigrale u grčkom polisu uticale su na promjenu shvatanja svijeta i njegovih mogućnosti. Uspostavljanje demokratskog poretka značilo je konačan prekid sa autoritarnim i despotskim vladavinama i uspostavljanja takvog političkog sistema u kojem je „suvereni narod imao ne samo pravo da sobom vlada, već i da raspolaže svim resursima i institucijama potrebnim da se takva vizija ostvari“.; N., Krivokapić, *Demokratija – definisanje i karakteristike*, *Sociološka luča*, br. X/2, 2016., str. 31

²⁷² J., Bodin, *Šest knjiga o republici*, Zagreb, 2002, str. 80-189.; Slične izjave o nepodobnosti većine da donose kvalitetne odluke, srijeću se kroz cijelu istoriju. Vinston Čerčil je svojevremeno izjavljivao da je “najbolji argument protiv demokratije petominutni razgovor sa prosječnim biračem”.

²⁷³ U tom smislu, Bendžmin Konstan ukazivao je da čovjekov ideal treba da bude “uživanje u ličnoj nezavisnosti”, a ne “aktivno i trajno učešće u kolektivnoj vlasti” i zato, u ime slobode, traži “trijumf individualiteta koliko nad autoritetom koji želi upravljati despotski, toliko i nad masama koje traže potčinjavanje manjine većini”; B., Constant, *Načela politike i drugi spisi*, Zagreb, 1993, str. 198.; R., Radonjić, op. cit., str. 37.

zadovolji.”²⁷⁴ Takva potpuna jednakost izmiče konstantno i svakodnevno, pri čemu zauvijek ostaje nedostižan ideal.

Iz tog razloga pravna teorija je zauzela stav da je u jednoj zajednici daleko značajnije uspostaviti vladavinu prava nego demokratiju, zbog toga što ovaj pojam podrazumijeva ograničavanje svake vlasti, te suštinski predstavlja *conditio sine qua non* demokratije, tj. legitimiteta vladavine većine. Može se zaključiti da je pravo, samo po sebi, oduvijek dvostruko uslovljeno i kontradiktorno: dijelom podrazumijeva sprovođenje volje, a drugim dijelom njeno ograničavanje. U tom smislu, vladavina prava mora da ispuni osnovne civilizacijske zahtjeve u pogledu zaštite osnovnih ljudskih prava, što se odnosi na većinu, kao osnovno demokratsko načelo, ali na način koji uvažava prava manjine.²⁷⁵

Takva potreba za uvažavanjem manjina imala je refleksiju i na korporativnom terenu. Kako je već istaknuto, izvorni zahtjev za jednoglasnošću pri donošenju odluka u privrednom društvom “kompenzovan” je većinskim principom, pri čemu se za donošenje fundamentalnih odluka propisuje kvalifikovana većina. Međutim, kako je tim principom onemogućeno da pobijanje odluka od strane manjinskih članova, ukoliko su odluke donijete propisanom većinom, pravo je vrlo brzo prepoznalo potrebu za zaštitom manjinskih članova, tj. uvažavanjem njihovih interesa u procesu legitimnog artikulisanja volje društva.

Reakcija privrednog prava na tu potrebu uslijedila je kroz uvođenje prava nesaglasnih akcionara. Tim pravom se akcionarima kompenzuje gubitak prava veta koji su do tada imali kroz primjenu principa jednoglasnosti pri donošenju odluka društva. Konvencionalno objašnjenje tog instituta bilo je da iako pojedini akcionar više nema pravo da spriječi fundamentalnu korporativnu promjenu koju podržava većina, ali zato ima pravo da istupi iz društva uz obavezu društva da mu naknadi vrijednost njegovih akcija.²⁷⁶ Iz tog razloga, pravo nesaglasnih akcionara kao dio korpusa

²⁷⁴ A., de Tokvil, *O demokratiji u Americi*, Podgorica, 1990, str. 173.

²⁷⁵ J. J., Marović, *Strukturni problemi demokratije u političkom sistemu Evropske Unije*, Beograd, 2012, str. 37-9.

²⁷⁶ U tom periodu je najproblematičnije bilo opravdati pravne posljedice statusne promene pripajanja, usled kojih akcionarima društva prenosioca prestaje to svojstvo, čime oni postaju akcionari društva društva sticaoca. Budući da je odluka o statusnoj promjeni, odluka za čije se donošenje zahtijeva kvalifikovana

prava manjinskih članova, uvedeno je u cilju obezbjeđenja tzv. “naknadne pravičnosti” i primata individualnih u odnosu na kolektivne vrijednosti, kroz favorizovanje pravo svojine u odnosu na većinsko odlučivanje.²⁷⁷

Pojedini autori navode da je zbog brojnih instrumenata zaštite prava manjinskih članova kompanijsko pravo u pogledu zaštite manjina otišlo čak korak dalje od ustavnog, iznoseći afirmativan stav prema toj tendenciji. Ti autori navode da kompanijsko razumije ono što ustavnom pravu nedostaje – značaj statusa manjina. Tamo gde današnja ustavna praksa jednake zaštite teži sljepilu boja, kompanijsko pravo ih naglašava stavljajući brigu o zaštiti manjina u središte svog nastojanja, te se tako stiče utisak da je zakonska pažnja usmjerena na manjinu po kapitalu u daleko većoj mjeri nego što je to slučaj sa ustavnim manjinama. Komparacijom instrumenata kompanijskog i ustavnog prava, ističe se da kompanijsko pravo uvažava status “manjine” kao pravnu činjenicu i preduzima afirmativnu akciju u pogledu njihove zaštite. Centralna razlika između ova dva pravna pristupa manjinama se može sažeti na sledeći način: Ustav načelo jednakosti tretira na način koji vodi zamaglivanju razlika što može imati za posledicu miopiju prema manjinskom statusu. Korporativno pravo, naprotiv, vjeruje da se jednak tretman može osigurati samo uzimajući u obzir manjinski status. Za korporativno pravo, jednakost nije istovjetnost.²⁷⁸ Iako je neprikosnovenost prava svojine jedno od temeljnih ustavnih načela, pravni

većina, to je za faktičku posledicu imalo da manjinski akcionar pripojenika može postati akcionar pripojioca protiv svoje volje. Zato se postavilo pitanje da li je to u skladu sa osnovnim postulatima prava svojine po kojima je nezamislivo da se neko lice koje ima pravo svojine na jednom objektu, voljom drugih primora da se odrekne tog svog prava u korist svojine na drugom objektu. Tradicionalno kompanijsko pravo je na sličan način posmatralo pravo svojine na akcijama i pravo svojine na drugim stvarima i pravima, te kao što nije bila dozvoljena razmjena stvari bez saglasnosti vlasnika, tako nije bila dozvoljena ni prinudna razmjena akcija. U tom smislu, ako je uvođenje većinskog odlučivanja za donošenje fundamentalnih odluka trebalo da zaštiti većinu od manjine, garantovanje prava nesaglasnim akcionarima trebalo je da zaštiti manjinu od većine.; M., Vasiljević, V., Radović, op. cit., str. 10.

²⁷⁷ *ibid.*

²⁷⁸ “Članstvo u manjinskoj nacionalnosti se svakako razlikuje od članstva manjinskog ulagača u korporaciju. Istorija rasa obilježena je nasiljem i borbama koji su neuporediva kategorija sa korporativnim sporovima. Ali pravni znalci tek treba da postave ključno pitanje: Da li razlike između nacionalnosti i udjela opravdavaju radikalno različite pristupe manjinskom statusu korporativnog i ustavnog prava? I što je još

analitičari zauzimaju stav da joj kompanijsko pravo pruža veći obim zaštite od ustavnog. Mogući uzroci ove pojave, pored evolutivnih razlika, uključuju amorfnost rasne diskriminacije kao ustavne kategorije, sa jedne i pojačan senzibilitet kompanijskog prava prema imovinskim pravima koji opredjeljuje mogućnost izlaska na tržište kapitala, sa druge strane.

Kada govorimo o samom pojmu manjinskih akcionara, uprkos brojnim razlikama u načinu kategorizacije, kao zajednički imenitelj svih definicija ističe se dovođenje u vezu sa procentom učešća u osnovnom kapitalu društva i koncept kontrole.

Prag značajnog i većinskog vlasništva u akcinarskom društvu određuje se kompanijskim propisima, dok se pojam kontrole u akcinarskom društvu reguliše propisima o tržištu hartija od vrijednosti. Većinsko vlasništvo predstavlja vlasništvo preko 50% akcija ili glasačkih prava, dok se pod značajnim podrazumijeva učešće u strukturi vlasništva koje prelazi 20%, u zavisnosti od toga kako je postavljen prag u svakoj od jurisdikcija. U studiji sprovednoj od strane grupe autora²⁷⁹ koja je utvrđivala odnos između kontrole i procenta vlasništva u akcinarskim društvima, izveden je zaključak da se definisanje manjinskih akcionara može izvršiti i kroz koncept kontrole, koji se faktički može razlikovati od zakonskog određenja većinskih i manjinskih akcionara. Naime, u sprovedenim istraživanjima je dokazano da kompaniju mogu kontrolisati akcionari koji direktno ili indirektno posjeduju već 20% glasačkih prava, što je značajno manji procenat od formalnopravnog većinskog vlasništva.²⁸⁰ Dakle, kako za određivanje pojma kontrole nije dovoljan procenat vlasništva u strukturi kapitala, pojedini autori su predložili dodatne kriterijume za ocjenu, kao što su mjesto i stepen kontrole. Dok se mjesto kontrole određuje sagledavanjem izvora centra moći, odnosno, pozicijom u odnosu na upravu društva u smislu da li se vrši u okviru

važnije, da li njihove međusobne razlike opravdavaju veće interesovanje za manjinske investitore nego za nacionalne manjine?"; A., Chander, Minorities, Shareholder and Otherwise, *Yale Law Journal*, br. 113, str. 120.

²⁷⁹ R., Porta, A., Shleifer, F., Lopez-de-Silanes, Corporate Ownership around the World, *The Journal of Finance*, br. 54(2), 1999, str. 10-30.

²⁸⁰ M., Tasić, op. cit., str. 45.

kao unutrašnja (interna) ili izvan nje (eksterna), stepen kontrole se određuje odgovorom na pitanje u kojem obimu je društvu pod kontrolom uprave, akcionara i stejkholdera izvan uprave.²⁸¹

Iako postoje mišljenja da obim zaštite prava manjinskih akcionara treba suziti, budući da je većinski princip odlučivanja unaprijed poznat i redovan način funkcinisanja privrednih društava, a zaštita manjine dovodi do ograničavanja principa većinskog odlučivanja²⁸², zaključujemo da je ona nužnost savremenog razvoja pravnog sistema i refleksija kvaliteta korporativnog upravljanja i tržišta u cjelini. Kako manjinski akcionari, po pravilu, nemaju dovoljnu mjeru interesa u društvu koja bi ih motivisala na intezivniji angažman u pogledu kontrole nad radom uprave, postojanje adekvatne zaštite njihovih prava u velikoj mjeri osnažuje njihovu poziciju u društvu podstičući ih da aktivnije sprovode nadzor i preispituju odluke uprave, što se odražava na kvalitet poslovanja u cjelini. Na taj način, adekvatna zaštita manjine po kapitalu ima brojne pozitivne efekte po prepoznate probleme akcionarske apatije i njihove pasivnosti (ono što je u teoriji poznato kao problem “slijepog putnika”) pri formulisanju poslovnih politika.

U tom smislu, mogućnost podnošenja derivativne tužbe ima značajno mjesto u sistemu zaštite prava manjine po kapitalu, zbog čega se često u literaturu ona označava kao posebno pravo manjinskih akcionara. Iako ima autora koji derivativnoj tužbi negiraju karakter posebnog prava manjinskih članova, budući da je ona usmjerena na zaštitu interesa društva, a ne akcionara. Kao dodatan argument ističe se da potencijalni pozitivni efekti koji članovi društva posredno ostvaruju u slučaju uspješnog okončanog postupka po derivativnoj tužbi, zahvataju sve članove društva, a ne samo manjinske. Međutim, smatramo da u redovnoj konstelaciji odnosa unutar jednog društva, većinski članovi teško mogu doći u situaciju da izglasana odluka ne odgovara njihovim interesima u mjeri u kojoj je to slučaj sa manjinskim, stoga da je opravdano ostati pri stavu da derivativna tužba faktički i instrument zaštite manjinskih akcionara. Pri tom treba istaći da je derivativna tužba i utemeljena iz razloga što čuveno “*Foss v. Harbotle*” pravilo nije pružalo mogućnost manjinskim

²⁸¹ M., Tasić, *Pravna zaštita manjinskih akcionara u postupku akvizicije akcionarskih društava*, Novi sad, 2017, str. 18-9.

²⁸² J., Veličković, op. cit., str. 164-5.

članovima da se suprostave nezakonitom ponašanju uprave što je izazvalo potrebu za propisivanjem izuzetaka od njegove primjene.

Ovaj stav dodatno potkrijepljuje okolnost da položaj manjinskih akcionara nije “ugrožen” samom činjenicom posjedovanja niskog procenta učešća u osnovnom kapitalu društva. Položaj člana koji ima nizak procenat učešća u osnovnom kapitalu društva postaje ugrožen tek u slučaju kada je taj član društva nesaglasan sa odlukom za koju je glasala većina u društvu ili koju donosi uprava društva. Na taj način, manjinski član društva se može definisati kao član koji nije saglasan sa određenom odlukom društva, a čije donošenje ne može spriječiti zbog niskog procenta učešća u osnovnom kapitalu društva. Imajući u vidu navedeno, derivativnu tužbu možemo posmatrati kao korektivni pravni mehanizam koji nastoji da otkloni probleme u formiranju i izražavanju pravno relevantne volje društva, kako bi se omogućilo da lica koja po redovnom toku stvari donose odluke u ime društva mogu biti odgovorna prema društvu za odluke koje donose. U tom pogledu, derivativna tužba predstavlja jedan od rijetkih instituta izuzetaka od pravila većinskog odlučivanja koji omogućava da volja društva bude izražena od strane manjine u društvu²⁸³ i sredstvo prinudne realizacije posebnih dužnosti prema privrednom društvu, odnosno, kao svojevrsna sankcija za kršenje tih dužnosti.

7.3. Derivativna tužba kao vid probijanja pravne ličnosti

Budući da derivativna tužba predstavlja markantan izuzetak od načela procesnog prava o jedinstvu stvarne i procesne legitimacije, neki autori ocjenjuju da usled njene primjene dolazi do svojevrsnog probijanja pravne ličnosti²⁸⁴ privrednog društva, na način da se eliminiše tačka razgraničenja

²⁸³ *ibid.*

²⁸⁴ Institut “probijanja pravne ličnosti” (skidanje korporativnog vela) proizvod je anglosaksonske sudske prakse iz koje je, putevima pravne transplatacije, prenijet i u kontinentalno pravo. U najširem određenju, probijanje pravne ličnosti podrazumijeva sve situacije u kojima je, neka obaveze samog društva dovela do nastanka neposrednog pravnog odnosa između povjerilaca društva i njegovih članova. Nešto uže određenje daju autori koji pod probojem pravne ličnosti društva podrazumijevaju sudsko zanemarivanje pravnog

subjektiviteta privrednog društva i njegovih članova, na način da pravo koje pripada društvu prelazi u ruke njenih članova. Jedina razlika u odnosu na tradicionalno shvatanje instituta proboja pravne ličnosti i omogućavanja članovima da “uđu u kožu” društva je što je on prvenstveno usmjeren na zaštitu interesa povjerilaca društva, dok se u slučaju derivativne tužbe to dozvoljava u cilju zaštite interesa samog društva. I zaista na takav zaključak može upućivati i samo termin “derivativna” tj. da pravo članova da podnesu tužbu za zaštitu interesa društva izvodi, tj. derivira iz prava društva kojem ono izvorno i pripada.

Iako ovaj stav naizgled djeluje sasvim ispravno, on se zasniva na pogrešnoj premisi koja se ogleda u poistovjećivanju dva principa kompanijskog prava – odvojenost subjektiviteta privrednog društva i njegovih članova i nadležnosti za donošenje odluka u ime kompanije.

U slučaju derivativne tužbe, iako faktički dolazi do zaštite prava društva od strane njegovih članova (koje između ostalog može služiti i zaštiti interesa članova), do toga ne dolazi na osnovu poistovjećivanja pravnog subjektiviteta društva i člana društva koji podnosi tužbu, već na osnovu specifične delegacije nadležnosti za donošenje odluka u ime društva, iz razloga što privredno društvo svoju volju može izraziti samo kroz volju fizičkih lica koja ulaze u sastav organa društva.²⁸⁵ Ta delegacija nadležnosti za donošenje odluka u ime društva kod derivativne tužbe je po svojoj prirodi vrlo specifičnog karaktera jer do nje dolazi po ispunjenju posebnih procesnih pretpostavki koje su propisane zakonom i ograničenog je trajanja.

Međutim, već smo istakli da situacija koju kreira mehanizam derivativne tužbe u kojoj pravo na pravnu zaštitu pripada tužiocu (članu društva) koji ne posjeduje subjektivno pravo koje se tužbom štiti, nema prirodu subjektivnog prava, već ovlašćenja koje je slično subjektivnom pravu i proizilazi kao posljedica njegove pravne pozicije kao člana društva. Naime, u slučaju derivativne tužbe član društva po samom zakonu dobija specijalno ovlašćenje da zastupa kompaniju u sporu po derivativnoj tužbi do njegovog okončanja. Na taj način se položaj člana koji podnosi tužbu može objasniti teorijom zastupanja, jer član društva u postupku uslovno rečeno ostvaruje

subjektiviteta, koje je zloupotrijebljeno nekim aktima odgovornih lica, kako bi ta zloupotreba bila adekvatno sankcionisana.

²⁸⁵ ibid.

zastupničku funkciju (iako tužbu podnosi u svoje ime) na osnovu svoje pravne pozicije kao člana društva, koja u redovnim okolnostima pripada drugim organima unutar društva, najčešće upravi.²⁸⁶

7.4. Mjesto i značaj derivativne tužbe u pravnom sistemu

Na početku ovog izlaganja istakli smo da ćemo putem teorijske analize nastojati da odredimo derivativnu tužbu kao pravnu kategoriju, razmotriti njen značaj i iznijeti ocjenu da li postoji dovoljno osnova za njeno zadržavanje u pravnom sistemu.

Smatramo da iznijete koncepcije pružaju višestruko opravdanje da derivativna tužba, kao institut izrazite poliformnosti u pogledu ostvarivanja ciljeva, zaslužuje značajno mjesto u pravnom sistemu kao:

1. važan instrument zaštite privrednog društva u smislu rijetkog izuzetka koji dozvoljava da volja društva bude izražena i od strane manjine po kapitalu;
2. sredstvo disciplinovanja uprave, kao svojevrсна sankcija za nezakonito i prevarno postupanje nosilaca posebnih dužnosti prema privrednom društvu; i
3. korektivni mehanizam korporativnog upravljanja kojim se kroz specifičnu delegaciju nadležnosti prava odlučivanja u društvu, omogućava da se obezbijedi zaštita društva i od strane onih kojih su primarno pozvani da je obezbijede.

Iznijetu koncepciju možemo sublimirati u sledećem: derivativna tužba predstavlja instrument zaštite privrednog društva kojim se, usled kršenja posebnih dužnosti, nadležnost za donošenje odluka u društvu delegira sa njenih imalaca na one koji putem redovnih mehanizama korporativnog upravljanja ne mogu imati značajniji uticaj na donošenje odluka u društvu (manjine po kapitalu), čime se posrednim putem ostvaruje i njihova zaštita.

²⁸⁶ ibid.

Kada govorimo o povezanosti pravne zaštite i vlasničke strukture privrednih društva nekoliko studija pokazale su da zemlje sa niskim nivoom zaštite prava članova društva bilježe veću koncentraciju vlasništva od zemalja sa većim kvalitetom zaštite, na osnovu čega se može zaključiti da u uslovima niske zaštite vlasničkih prava koncentrisano vlasništvo postaje supstitut za pravnu zaštitu. To nas dovodi do bazične teze da adekvatna zaštita vlasnika kapitala i kvalitet korporativnog upravljanja presudno utiče na kvalitet korporativnog upravljanja i na stepen razvoja tržišta kapitala jedne zemlje²⁸⁷, čime se podstiče razvoj privrede u cjelini. U tom smislu, derivativna tužba ostvaruje važnu ulogu u korigovanju nedostataka korporativnog upravljanja, ali ne u smislu sprječavanja nastupanja agencijskih problema, već u smislu njihovog rješavanja u situacijama u kojima su agencijski problemi već nastupili.

Mogućnost podnošenja derivativne tužbe nesporno predstavlja dio pravne pozicije člana društva. Ipak treba naglasiti da za razliku od ostalih manjinskih prava člana društva, derivativna tužba ne može potpadati pod opšti pojam subjektivnog prava, jer podnošenju derivativne tužbe ne prethodi isticanje određenog materijalno pravnog zahtjeva, niti ovlašćenje na podnošenje derivativne tužbe sadrži korelativnu obavezu. Upravo po ovom pitanju derivativna tužba se razlikuje od ostalih manjinskih prava članova društva, koja u određenom trenutku ipak mogu da dobiju svojstvo subjektivnog prava, iz kog razloga kvalifikacija derivativne tužbe kao prava manjinskih članova nije u potpunosti precizna.²⁸⁸ Na osnovu navedenog može se zaključiti da nije sporno da derivativna tužba ne može biti u potpunosti zamijenjena drugim mehanizmima korporativnog upravljanja i da sa pravom zaslužuje svoje mjesto u sistemu korporativnog upravljanja, zbog čega

²⁸⁷ O čemu svjedoče rezultati brojnih istraživanja koji govore u prilog tezi da razvijenost tržišta kapitala u nekoj zemlji i struktura vlasništva u privrednom društvu mogu biti i konceptualno i empirijski objašnjene kvalitetom pravne zaštite koju ta zemlja pruža eksternim investitorima. Pošto se reforme u zemljama u tranziciji sprovode u kontekstu nerazvijenih i slabih institucija, zaštita investitora je često nedovoljno kvalitetna (bez obzira na kvalitet formalno-pravnih pravila) što rezultira u koncentraciji vlasništva i gubitku interesovanja za učešćem na tržištu kapitala što vodi zatvaranju privrednih društava i progresivnom opadanju likvidnosti tržišta.; K., Đulić, T., Kuzman, Zaštita prava manjinskih akcionara: pravni okvir i primena, *Pod lupom*, br. 4, 2017, str. 86.

²⁸⁸ J., Veličković, op. cit., str. 168.

se može zauzeti stav da ona predstavlja krajnje sredstvo (jer se ostvaruje u sudskom postupku) i posebnu liniju odbrane manjinskih članova od nezakonitih i prevarnih akata uprave.

V PROCESNOPRAVNI USLOVI (PRETPOSTAVKE) ZA PODNOŠENJE DERIVATIVNE TUŽBE

“Sudski postupak je potraga za praktičnim rješenjima, a ne partija šaha.”

Felix Frankfurter

Kompanijska regulativa redovno ustanovljava određene procesne pretpostavke koje se moraju ispuniti da bi se mogao pokrenuti ili voditi postupak po derivativnoj tužbi. O njima sud mora voditi računa po službenoj dužnosti u svakom trenutku postupka po derivativnoj tužbi, a tužilac je dužan da o njima pruži odgovarajuće dokaze.²⁸⁹

Uobičajenu derivativnu tužbu podnosi jedan ili grupa članova društva koji vjeruju da je društvu pričinjena šteta, pri čemu direktori tog društva odbijaju da podnesu tužbu za zaštitu njegovih interesa. Prije podnošenja derivativne tužbe, tužilac mora formalno da se obrati upravnom odboru zahtjevom za podnošenje tužbe od strane društva direktno (osim ukoliko je većina članova odbora prekršila posebne dužnosti koje ima prema društvu, čime je bilo kakvo takvo traženje uzaludno, prema pravnom rješenju anglosaksonskog pravnog sistema). Prema tome, derivativni postupak se sastoji iz četiri dijela: 1. člana/ova društva koji podnose tužbu, kao aktivno legitimisanih lica, 2. privrednog društva koje je pretrpilo štetu, 3. pričinjene štete i 4. odgovornih lica sa posebnim dužnostima prema privrednom društvu koji su pasivno legitimisani u ovom postupku.

1. Prethodni zahtjev kao procesna pretpostavka

Iako se derivativna tužba danas tretira kao pojedinačna tužba, porijeklo ovog instituta i dalje postavlja važno pitanje ko bi trebalo da ima kontrolu nad tužbom - društvo u čije ime je tužba podnijeta ili član društva koji je tužilac u postupku. U većini država, ovo pitanje uslovalo je konstituisanje obaveze podnošenja prethodnog zahtjeva kao dokaza da je član društva iscrpio sve

²⁸⁹ M., Vasiljević, op. cit., str. 91.

dostupne unutar - korporativne lijekove prije nego što se mu se dozvoli da podnese derivativnu tužbu. Stoga, zakoni većine država koje poznaju ovaj institut obično nalažu da akcionar zahtjeva preduzimanje radnje od strane uprave društva usmjerene na obeštećenje i nadoknadu navodne štete nanijete korporaciji prije podnošenja derivativne tužbe u ime društva.

U nekim zakonodavstvima, akcionaru tužiocu se dozvoljava da podnese tužbu bez postavljanja prethodnog zahtjeva upravi (odboru direktora) ukoliko bi takav zahtev bio nesvrshodan iz razloga što su većina članova upravnog ili nadzornog odbora povrijedili dužnosti usled čega je društvu prouzrokovana šteta. Nakon podnošenja zahtjeva člana društva, uprava može odgovoriti preduzimanjem korektivne radnje ili odbijanjem zahteva. U slučaju odbijanja prethodnog zahtjeva od strane uprave, većina sudova generalno ne dozvoljava sudsko preispitivanje osnovanosti odluke o odbijanju, već umjesto toga, generalno dozvoljavaju da se podnese derivativna tužba.

U uporednom pravu, prethodni zahtjev je, posebno od sredine 1970-ih godina, postao snažno oružje članova uprava za suprostavljanje derivativnim tužbama akcionara zbog pojave “parničnog odbora (komisije, *litigation committees*)” koji se sastojao od navodno nezavisnih direktora postavljenih od strane odbora sa ovlašćenjem na ispitivanje tvrdnji i tužbenih zahtjeva tužilaca i dužnošću da preporuče radnje koje je potrebno preduzeti u vezi sa tim.²⁹⁰ Teoretičari korporativnog prava navode da su ovi parnični odbori gotovo uvijek predlagale odbacivanje derivativne tužbe, a sa obzirom da sudovi generalno dopuštaju samo ograničeno preispitivanje procesa donošenja odluka od strane “nezavisnog odbora”, jasno je da je obaveza podnošenja prethodnog zahtjeva često otežavala akcionarima preuzimanje kontrole nad derivativnom tužbom od korporativnih direktora. Glavna poteškoća u ovom pogledu ležala je u činjenici da su tužioci obično uskraćeni informacijama koje su im bile neophodne kako bi formulisali svoje navode. Navedeno potkrijepljuju i empirijska istraživanja koja pokazuju da su članovi uprave redovno uspijevali da ospore i pobiju tvrdnje tužilaca opravdanjem da je zahtjev beskoristan, kao i

²⁹⁰ J. D., Cox, *Searching for the Corporation's Voice in Derivative Suit Litigation: A Critique of Zapata and the ALI Project*, Duke, 1982, str. 959.

tvrdnjama da bi derivativni parnični postupak u konkretnom slučaju doveo do necjelishodnog porasta agencijskih troškova.

Kao *ratio legis* obaveze podnošenja prethodnog zahtjeva upravi društva, u uporednopravnoj teroiji navodi se odvrćanje od podnošenja beskorisnih tužbi kroz destimulišući uticaj na beskrupulozne tužioce da podnose tužbe koje su po društvo beskorisne i štetne. Međutim, ostaje nejasno u kojoj mjeri je zahtijevani uslov u svojoj sadašnjoj formi realno od pomoći u filtriranju korisnih od beskorisnih tužbi jer on nastupa čak i prije nego što postupak uđe u svoju pripremnu fazu tako da se na ovaj način bez razlike mogu odbiti i potencijalno korisne tužbe, jer se odluka odbora ili parnične komisije da odbije zahtjev donosi bez detaljnog razmatranja svih okolnosti konkretnog slučaja.

1.1. Odgovor uprave društva na podnijeti zahtjev

Kada je u pitanju odgovor uprave na podnijeti prethodni zahtjev, u uporednopravnim razmjerama naglašena je uloga pravila poslovne procjene (“*Business Judgement Rule*”), budući da do njegove primjene dolazi u gotovo svim slučajevima u kojima član društva ima pritužbi zbog toga što odbor direktora nije podnio tužbu protiv treće strane.²⁹¹ Kao najpotpunija definicija izvorne forme ovog pravila ističe se: “Direktori društva koji su odobrili određenu radnju/posao neće odgovarati za nastalu štetu u slučaju da nema elemenata samoposlovanja ili drugih ličnih interesa, niti za neuspjeh radnje/posla u pogledu ispunjenja očekivanih rezultata, osim ako:

- (1) nisu sproveli neophodne mjere za utvrđivanje relevantnih i dostupnih činjenica prije nego što su odobrili radnju/posao;
- (2) su odobrili radnju/posao uprkos činjenici da nisu vjerovali ili nisu mogli vjerovati da je to u najboljem interesu korporacije;

²⁹¹ A., Coffee, B., Schwartz, *The Survival of the Derivative Suit: An Evaluation and a Proposal for Legislative Reform*, *Columbia Law Review*, br. 81, 1981, str. 20.

(3) postoji neka druga okolnost koja ukazuje da odobrenje radnje/posla od strane direktora nije izvršeno *bona fide*.²⁹²

Cilj pravila poslovne procjene je da omogući direktorima neophodni stepen diskrecije u formulisanju dinamičnih i efektivnih poslovnih odluka bez straha od pravnih “nagađanja”. Na isti način, ono dozvoljava sudu da zaobiđe donošenje odluka o osnovanosti kompleksnih korporativnih odluka, za koje sudovi, po pravilu, nisu dovoljno kompetentni.

Vrhovni sud Sjedinjenih Država je u slučaju *Burks v. Lasker*, 1979. godine proširio ovo pravilo i na druge situacije. U slučaju *Burks*, derivativna tužba je podnijeta protiv direktora zajedničkog fonda. Tužilac se žalio da direktori nisu sproveli preventivne mere tako što su se, neopravdano, oslonili na savjete investicionog savetnika koji je savjetovao kupovinu akcija *Penn Central*-a da bi kratko vrijeme nakon te transakcije korporacija proglasila bankrot koji je rezultirao gubitkom investicija tužilaca. Nezavisni direktori fonda su potom podnijeli prijedlog za odbijanje tužbe uz obrazloženje da tužba nije u najboljem interesu fonda. Vrhovni Sud je izjavio kako su državni zakoni koji se bave odbijanjem derivativnih tužbi koristeći pravilo poslovne procjene validni, pod uslovom da se ti zakoni ne sukobljavaju sa federalnim zakonima.²⁹³ Sud je time potvrdio da je pravilo poslovne procjene primjenljivo u slučajevima kada su direktori optuženi za nepoštovanje svoje dužnosti prema korporaciji. Zbog *Burks*ovog priznanja primata državnih zakona kada su u pitanju legitimni osnovi za odbijanje derivativnih tužbi, uslijedilo je veliko odstupanje u primjeni pravila poslovne procjene. Pojedina pravosuđa su išla korak dalje, dozvoljavajući pravilu poslovne procjene da bude opravdano, ne samo u slučajevima povrede fiducijarnih dužnosti, već i u slučajevima u kojima je došlo do navodnog „samoposlovanja”.²⁹⁴ Usvajajući logičku podlogu ovako formulisanog pravila poslovne procjene bilo je jasno da se članovi društva uopšte nisu ni mogli suprostaviti odluci odbora “nezavisnih” direktora da tužba nije u najboljem interesu društva.

²⁹² R., Block, E., Prussin, Business Judgement Rule and Shareholders Suits: Viva Zapata?, *Business Law*, br. 37, 1981., str. 27, 32-33.

²⁹³ *ibid*, str. 287-300.

²⁹⁴ *ibid*, str. 273-277.

1.2. Parnični odbor nezavisnih direktora

Revolucija pravila poslovne procjene dovela je do podjele autoriteta među slučajevima odbijanja derivativnih tužbi i eskalirala u pokušaju Vrhovnog suda Delavera da cijelu stvar preusmjeri u prihvatljiviji „srednji“ tok, u slučaju *Zapata Corp. v. Maldonado*²⁹⁵. Tradicionalno, nijednoj odluci odbora nije bila data pretpostavka validnosti za odbijanje derivativne tužbe kada je većina članova istog odbora bila obuhvaćena njome jer se vjerovalo se da bi svaka odluka odbora bila pristrasna usled članstva pretpostavljenih prekršioaca fiducijarnih dužnosti. Iz tog razloga je razvijen mehanizam kojim se izbjegava ova prepreka. Naime, ako tužbom nisu obuhvaćeni svi članovi odbora, osniva se tzv. parnični odbor nezavisnih direktora sa zadatkom da ispita navode sadržane u prethodnom zahtjevu i donese odluku o odbijanju ili postupanju po njemu.

Rast ugleda parničnih odbora nezavisnih direktora rezultirao je protestom onih koji su predviđali da bi davanje legitimiteta ovakvim odborima dovelo do neizbježnog kraja derivativnih tužbi. Neki pravni teoretičari su isticali prigovore da sudovi nisu definisali šta predstavlja adekvatnost odbora za ispitivanje navoda sadržanih u zahtjevu, naglašavajući nedoslednost sudova u pogledu stepena koji dozvoljavaju tužiocima da dovode u pitanje nezavisnost odbora.²⁹⁶ Dok je ranije postojala mogućnost da o osnovanosti tužbenog zahtjeva odlučuje sud na ročištu kada bi akcionari podnijeli tužbu za nepravilno poslovanje od strane većine članova odbora direktora, nakon uvođenja parničnih odbora nezavisnih direktora to više nije bio slučaj. Dakle, kako bi izbjegli takvo ročište, odbor direktora treba samo da formira parnični odbor nezavisnih, nedavno imenovanih članova, opunomoći ih i očekuje da će taj odbor donijeti odluku o odbijanju zahtjeva.²⁹⁷ Kontinuirana

²⁹⁵ *Zapata Corp v. Maldonado* 430 A 2d 779 (Delaware Supreme Court 1979).

²⁹⁶ Vjerovatno najglasniji prigovor protiv sudskog prihvatanja odluka odbora nezavisnih direktora odnosi se na diskutabilnu sposobnost odbora da donese zaista nezavisnu odluku. Jedna hipoteza je da je ta sposobnost minimalna usled: 1. kontrole predstavnika odbora od strane odbora direktora (tj. članova obuhvaćenih tužbom); 2. uzajamnih veza odbora nezavisnih direktora sa odborom direktora; 3. problema koji se odnose na izbor nezavisnih direktora i 4. ograničenja vremena za donošenje odluke i pristupa informacijama spoljnim direktorima.; R., Block, E., Prussin, op. cit., str. 52-58.

²⁹⁷ Apelacioni sud Njujorka smatrao je da je jedna alternativa u skladu sa opštim poštovanjem odluka nezavisnih odbora: prisiliti odbor da imenuje eksterna lica da sprovedu istražni postupak, koje „bi samo po

održivost pravila poslovne procjene u situacijama sa parničnim odborima nezavisnih direktora naglašava sveprisutnu dilemu sa kojom su suočena sva pravosuđa u derivativnim postupcima. Izbor je ili da primjenom tog pravila praktično unište korijen odgovornosti direktora ili da je onemoguće, čime bi došlo do neometane dozvole članovima društva da podnose beskorisne, necjelishodne i nedobronamjerne tužbe. Svakako da su sudovi prepoznali opasnost od prepuštanja sudbine derivativnih postupaka apsolutnoj kontroli od strane direktora sa jedne strane, dok su sa druge strane, ipak priznali da i dobronamjerna tužba može imati negativne posljedice po društvo zbog značajnih troškova postupka, potencijalnog razdora među zaposlenima u društvu i negativnog publiciteta.²⁹⁸ Ipak, razmatranje ovih okolnosti korisne su za redukciju, ako ne i prevazilaženje, pogodnosti ograničavanja kontrole direktora nad tužbom.

Vrhovni sud Delavera se bavio ovom dilemom u slučaju *Zapata Corp. protiv Maldonado* zahtijevajući novu pravosudnu proceduru u slučaju kada treba donositi odluke o odbacivanju derivativnih tužbi, ističući da u određenim slučajevima sudije imaju moć da donose nezavisne odluke o tome da li je tužba u najboljem interesu društva. Ipak, implementacija te procedure je izuzetno komplikovana, jer *Zapata* ne nudi smjernice za njenu primjenu²⁹⁹.

sebi bilo kršenje fiducijarnih dužnosti koje ne mogu preuzeti treća lica.“ Usko povezano sa pitanjem nezavisnosti jeste: da li „zavisni“ odbor ima ikakva ovlašćenja koja može prebaciti na nezavisni organ. Svjestan potencijalne korupcije u ovom osjetljivom području, sud je u slučaju *Zapata* izjavio: “Moramo imati na umu da direktori donose odluke o direktorima kolegama u istoj korporaciji i drugim direktorima... koji su ih imenovali da služe kao direktori i članovi komiteta. Naravno, postavlja se pitanje da li neka vrsta empatije u stilu „tu sam samo da služim Gospodu” ne igra važnu ulogu. *Zapata Corp. protiv Maldonado*, 430 A.2d 779, 787 (Del. 1981).”

²⁹⁸ Poklanjajući pažnju ovom delikatnom balansiranju konkurentskih interesa, sud je u slučaju *Zapata* istakao: “Naše ispitivanje je da li postoji...dozvoljena procedura...kojom se korporacija može osloboditi potencijalno štetnog parničnog postupka. Ako je nema, jedan akcionar bi u ekstremnim slučajevima mogao da kontroliše sudbinu cijele korporacije.” *Zapata Corp. v. Maldonado*, 430 A.2d 779, 785 (Del. 1981).

²⁹⁹ Nema dileme o tome da je teško izvući mjerljive i tipizirane standarde za korporativne primjere u kojima se pravilo poslovne procjene primjenjuje na odluke odbora nezavisnih direktora, jer meritum zahtjeva nikada nije postignut i suštinska procjena legitimeteta indikovane transakcije nikada nije izvršena. Dalje, svaka tvrdnja da je status quo adekvatno stanje zakona nije u skladu sa očiglednim poteškoćama sa kojima

Zapata Corp. protiv Maldonado

Konflikt u slučaju “*Zapata Corp. protiv Maldonado*“ je nastao zbog odluke direktora Zapate da pomjere datum kada bi određene akcionarske opcije, koje su bile na raspolaganju direktorima, trebale biti realizovane. *Zapata* je planirao da učini ponudu od 2.300.000,00 akcija korporacije malo prije datuma kada bi direktori imali pravo da iskoriste svoju opciju. Direktori su shvatili da bi najava ponude podigla tržišnu vrijednost akcija *Zapate*, čime bi povećali svoje lične poreske obaveze zbog većeg kapitalnog dobitka ostvarenog korišćenjem ove opcije.³⁰⁰ Ubrzavajući datum opcije, direktori su bili u stanju da kupe akcije po nižoj ceni i time izbjegnu veći porez. Međutim, ove uštede su značile da je korporacija lišena redukcija federalnog poreza na dohodak i imala bi pravo da iskoristi ovu opciju po višoj cijeni.

U junu 1975, akcionar *Maldonado* je pokrenuo derivativnu parnicu u ime *Zapate* i njenih akcionara protiv deset korporacionih službenika i/ili direktora. Tvrdio je da odluka o ubrzanju datuma predstavlja kršenje fiducirajne dužnosti, zato što je korporacija lišena redukcija federalnog poreza na dohodak u iznosu poreske obaveze koju su izbegli direktori. *Maldonado* se pozvao na mogućnost odstupanja od zahtjeva potražnje u Pravilu 23.1, Vrhovnog suda Delavera, tvrdeći da taj zahtjev ne bi imao nikakvog efekta na odbor, pošto su svi direktori bili uključeni u pomenutu transakciju. Dvije godine kasnije, dok je ovaj slučaj još uvek bio u toku, *Maldonado* je pokrenuo još jednu tužbu pred Okružnim sudom SAD za Južni distrikt Njujorka protiv svih, sem jednog, direktora, tvrdeći da je došlo do istog kršenja fiducijarne dužnosti, kao i kršenja federalnog zakona o vrijednosnim papirima. Sredinom 1979, direktori su imenovali dva nova spoljna člana u odbor i tako formirali „parnični odbor nezavisnih direktora”.³⁰¹

se sudovi susrijeću u borbi za korisne kompromise. Navedeno ilustruje činjenica da su u period kraćem od dva mjeseca federalni okružni sud i Sud u Delaveru donijeli dijametralno suprotne zaključke u presudi o istom uzroku postupka, oba tumačeći isti zakon Delavera. Uporedi: *Maldonado v. Flinn*, 485 F. Supp. 274 (S.D.N.I. 1980) sa *Maldonado v. Flinna*, 413 A.2d 1251 (Del. Ch. 1980).

³⁰⁰ *ibid.*

³⁰¹ *Zapata Corp. v. Maldonada*, 430 A.2d 779, 781 (Del. 1981). Nije naveden razlog uslijed kojeg korporacija nije formirala ovaj odbor na početku, mada je tek krajem 1970-ih snaga ovih nezavisnih odbora bila dosledno priznata. Tužilac je tvrdio da je formiranje odbora „iskalkulisano sa ciljem da spriječi suđenje

Taj odbor je istražio Maldonadove tvrdnje i došao do zaključka da bi procesuiranje tužbe bilo „neprijateljski čin prema najboljim interesima kompanije.“ Tvrdeći da ovaj izvještaj treba da bude priznat pred sudom, odgovorni direktori su zalagali za odbijanje tužbe ili skraćenje postupka. Nakon toga uslijedio je niz presuda u federalnom i državnom sudu koji je kulminirao odlukom Vrhovnog sud Delavera da poništi zaključak Okružnog suda po kome je *Maldonado* imao potpuno pravo da nastavi svoju tužbu uprkos protivljenju odbora i vratio je slučaj na dalja razmatranja³⁰².

po osnovanosti“, a sud je kasnije isticao da je „morao biti zabrinut zbog formiranja “Nezavisnog parničnog odbora” četiri godine kasnije, nakon izbora dva nova nezavisna direktora.”

³⁰² Zamjenik kancelara je odbio Zapatin prijedlog za odbijanjem tužbe tvrdeći da pravilo poslovne procjene jednostavno nije dalo Zapatinom Nezavisnom istraživačkom odboru pravo da prisili odbijanje derivativne parnice akcionara koja je još uvek u toku. Sud je navedeno obrazložio na sledeći način: “Pravilo poslovne procjene predstavlja štit kojim direktori mogu da se suprotstave napadima akcionara na njihove odluke; ali ništa u tom pravilu ne daje nezavisnu moć direktorima odbora u korporacijama da ponište derivativnu parnicu... I dok pravilo poslovne procjene štiti Zapatin Odbor nezavisnih direktora od lične odgovornosti, ako su donijeli iskrenu odluku da parnica nije u najboljem interesu Zapate, i zbog toga treba da bude odbijena, analiza karaktera derivativne tužbe pokazuje da je pravilo poslovne procjene irelevantno za pitanje da li Odbor ima autoritet da odbije ovu tužbu. (Maldonado protiv Flynn, 413 A.2d 1251, 1257 (Del. Ch. 1980).) Zamjenik kancelara je istakao ranije odluke Zapate u kome podržavaju teoriju da odbor ima primarno pravo da kontroliše parnicu, kao i činjenicu da slučajevi poput *Corbus v. Alaska Treadwell Gold Mining Co.*, 187 U.S. 455 (1903) i *Hawes v. Oakland*, 104 U.S. 450 (1881), nisu obuhvatali navode o fiducijarnim dužnostima direktora. Što je najvažnije, zamjenik kancelara je istakao da kada se preda zahtjev i isti bude odbijen, akcionar ima individualno, nezavisno pravo da iznese tužbu uprkos protivljenju korporacije. Prvenstveno oslanjajući se na slučaj *Sohland v. Baker*, 141 A. 277 (Del. 1927), sud je tvrdio da je ovo shvatanje pogrešno: “Ovaj Sud... je tvrdio [u slučaju *Sohland*] da „akcionar *smije tužiti*, u svoje ime, u svrhu sprovođenja korporativnih prava... u slučaju da korporacija odbije da pokrene tužbu po prethodnom zahtjevu akcionara“... Stoga, dosledno jezičko tumačenje podržava samo pravo akcionara da inicira tužbu, ali ne i apsolutno pravo da se nastavi sa kontrolom iste. Sud je takođe istakao da je u slučaju *Sohland* u pitanju bila situacija odbijenog zahtjeva akcionara, a u slučaju *Zapata* - pravnovaljan zahtjev, i da su to dvije zasebne teme koje se ne mogu svesti na istu ravan.

Sud je smatrao da u slučaju kada je zahtjev upućen upravnom odboru opravdan, svrha suda je da iznađe pravu „tačku ravnoteže gdje prava *bona fide* akcionara neće biti ugrožena od strane odbora direktora, ali da time ne osujeti pravo korporacija da obaci potencijalno ugrožavajuće tužbe“. Ipak, sud je priznao da prihvatanje logike pravila poslovne procjene nije odgovarajuće rešenje i zbog toga odbio da slijedi brojne sudske odluke koje su usvajale prijedloge zasnovane na pravilu poslovne procjene prilikom odbijanja zahtjeva članova društva od strane odbora nezavisnih direktora. U najmanju ruku, suprostavio se onim što je do tada bilo poznato kao „jasan trend u korporativnom pravu“ sa ciljem dovođenja u pitanje nezavisnosti nezavisnih odbora. Time je doveo u pitanje i prethodne odluke koje su interpretirale da pravo Delavera priznaje pravilo poslovne procjene u situacijama kada su nezavisni direktori tvrdili da derivativna tužba nije u najboljem interesu korporacije.³⁰³

Ipak, sud je naznačio da, iako pravilo poslovne procjene nije prikladno u slučajevima pravnovaljanih zahtjeva kao što je *Zapata*, to pravilo ima uticaja u situacijama gdje je zahtjev podnesen i odbijen od strane odbora ako tužilac ne uspije da dokaže da je ono neosnovano, nakon čega gubi pravo da nastavi sa tužbom.

1.3. Sudska revizija odgovora na prethodni zahtjev

Postupak opisan u slučaju *Zapata* sastoji se od dva koraka. Prvi se sastoji u ovlašćenju suda da ispita dobru vjeru i nezavisnost parničnog odbora, dok drugi korak predstavlja ovlašćenje suda da po sopstvenom nahođenju donese svoju nezavisnu odluku. Sud Delavera je time promijenio dotadašnju praksu, iz razloga što je prepoznao neminovnu neravnotežu koja nastaje u situacijama pretjerano rigidnog odbijanja zahtjeva članova društva usled primjene pravila poslovne procjene. U pokušaju izbjegavanja ove nejednakosti, odluka u slučaju *Zapata* je dozvolila sudovima da

³⁰³ *Abbey v. Control Data Corp.*, 603 F.2d 724 (8th Cir. 1979), *cert. denied*, 444 U.S. 1017 (1980); *Maldonado v. Flynn*, 485 F. Supp. 274 (S.D.N.Y. 1980).

preuzmu aktivniju ulogu u procesu, uz istovremenu primjenu pravila poslovne procjene u procesu donošenja odluka parničnih odbora nezavisnih direktora.

Ipak, da bi se ispitala održivost ovog neuobičajenog koncepta, neophodno je da se sprovede preliminarno ispitivanje o tome da li su sudovi uopšte sposobni za procjenjivanje poslovnih odluka. Ako se ova pretpostavka ispostavi kao tačna, slijedi da se moraju formulisati standardi kojih se sudovi moraju pridržavati u procesu donošenja takvih odluka, budući da su isti neophodni u cilju limitiranja obima pravnog ispitivanja i osiguranja njegovog predvidljivijeg i logičnijeg ishoda.³⁰⁴

Prema uvreženom shvatanju smatra se da je jedina funkcija sudstva da sprovodi zakon u specifičnim kontroverzama koje se pred njega iznesu.³⁰⁵ Iz tog razloga, sudovi nisu naviknuti da se suočavaju sa zagonetkama koje se postavljaju u svakodnevnim poslovnim odlukama. Klasična potvrda toga sa kakvim se poteškoćama suočava sudija koji pokuša da izvrši funkcije koje se tradicionalno prepuštaju poslovnim menadžerima, data je u slučaju *Heller v. Boyland*, gdje je sud istakao da nije upoznat sa djelatnošću korporacije. Nakon što je iznio svoju prvobitnu premisu da je uplitanje sudova u poslovanje slobodnih i legalnih privrednih subjekata neprihvatljivo na „američki način“ sud je dodao: “Na osnovu iznijetih argumenata pretpostavljajući da se kompenzacija (navodne nezakonite isplate zaposlenima u korporaciji) treba preispitati, koje mjerilo treba koristiti? ... Može li pravosuđe biti toliko arogantno da tvrdi da zna više o upravljanju korporacijom od njenog menadžmenta? Sudovi nisu u stanju da riješe ili čak ni da se suoče sa ovim zamršenim ekonomskim problemima. Zaista, rešavanje istih nije u domenu pravosuđa.”³⁰⁶

³⁰⁴ W. F. J., Schwitter, *Judicially Exercised Business Judgments in Shareholder Derivative Suit Dismissals: Implementing Zapata Corp. v. Maldonado*, *Albany Law Review*, br. 46, 1982, str. 980-995

³⁰⁵ R., Pound, *Jurisprudence*, Harvard, 1959, str. 77.

³⁰⁶ Slično sudsko izražavanje sopstvene nesposobnosti za donošenja takvih odluka zatičemo i u drugim slučajevima. U predmetu *Auerbach v. Bennetta* 47 NI2d 619, (1979), sud je konstatovao da: „[Sudovi imaju limitiran kapacitet i rijetko su pozvani da procijene šta su i moraju da budu u stvari poslovne odluke. ... Ovdje je nemoguće uspostaviti objektivni standard na osnovu kojeg bi sudovi mogli da mjere ispravnost svake korporativne odluke. " U *Levis v. Andersona*, 615 F.2d 778, 449 US 869 (1980), navedeno je da je sudovima onemogućeno da donose presudu kada korporativni odbor postupa u dobroj vjeri, te da sudska

1.4. Sudska procedura u slučaju kršenja fiducijarnih dužnosti

Unaprijed je bilo riječi o tome da su odgovorna lica u društvu vezana fiducijarnim dužnostima prema svojim društvima³⁰⁷. Fiducijarne dužnosti obuhvataju dužnosti direktora da se prema društvu odnose postupajući u dobroj vjeri, na fer i korektan način uz obavezu pridržavanja potpune lojalnosti društvu.³⁰⁸ Američka sudska praksa poznaje i slučajeve povrede dužnosti pažnje, mada

istraga suštine odluka upravnog odbora predstavlja "prekomjerno približavanje". Slično tome, u *Galef v. Alexander*, 615 F.2d 51, isticano je da odluke koje bi donio sud predstavljale tek „drugo nagađanje“.

U slučaju *Heller v. Boilan* (29 NIS2d u 667.) sud je istakao da bi se uzdržanost od uplitanja u poslovne odluke od strane sudova trebalo premostiti jedino u slučaju prevarnog i postupanja u lošoj namjeri. Iako sudske uplitanje u slučajeve loših namjera (loša namjera, zanemarivanje dužnosti ili izigravanje korporativnog cilja dozvoljava sudu da se „miješa“ u diskreciono pravo direktora) može rezultirati lošim odlukama o odgovornosti, sposobnost obavljanja poslovnih funkcija nije riješena.

Slična nedorečenost u pogledu nesposobnosti sudova da donose poslovne odluke je i tvrdnja da će sudovi analizirati samo racionalnost poslovnih odluka. U tim slučajevima sud ne pokušava da odluči da li je saglasan sa odlukom direktora, već samo utvrđuje da li za to postoji razumna osnova. *Cramer v. General Tel. & Elecs. Corp.*, 582 F.2d 259, 275 (3d Cir. 1978).

Nešto ispoliraniju retoriku zatičemo u u predmetu *Rosengarten v. International Tel. & Tel. Corp.* (1979), gdje je sud detaljno vodio računa o formulaciji pitanja da li su plaćanja izvršena u inostranstvu "pravilna" ili "neprimjerena", jer bi odgovor na takvo pitanje nužno uključio sud u poslovne odluke korporacije, te primoralo sud da deluje kao posrednik između poslovnih odluka direktora i akcionara u pogledu određenih korporativnih aktivnosti.; W. F. J. Schwitter, op. cit., str. 996.

³⁰⁷ H. Henn, *Law of Corporations*, Minnesota, 1983, str. 235.

³⁰⁸ Ove dužnosti su deklarativno odvojene, ali se često preklapaju u praksi, što otežava efikasnu analizu. Iako se zakonodavstvo bavi nekim aspektima dužnosti direktora, geneza njihovog razvoja je u najvećem stepenu plod diskrecionog odlučivanja sudova koji iste moraju procjenjivati svakog puta u zavisnosti od okolnosti konkretnog slučaja. Čak i tamo gdje su iste definisane statutima društva, sudovima obično ostaje veliki prostor za sopstvene formulacije.; D. L., Garza: Conflict of Interest Transactions: Fiduciary duties of corporate Directors Who Are Also controlling shareholders, *Denver Law Review*, br. 57, 1980, str. 611.

su rijetki primjeri da se direktori terete za nesavjesnost u tom vidu.³⁰⁹ Kada je u pitanju povreda fiducijarnih dužnosti ključnu smjernicu rukovođenja američkih sudova predstavlja standard pravičnosti. Ovaj standard se može koristiti od strane suda i u slučaju ocjene stepena legitimiteta odluke parničnog odbora nezavisnih direktora o cjelishodnosti daljeg procesuiranja tužbe i u pogledu obima sudskog ispitivanja takvih odluka. U slučajevima kada se radi o zaključenju “poslova sa samim sobom” (*self-dealing*), sudovi su obično direktorima stavljali na teret dokazivanje savjesnosti i “suštinske pravičnosti”³¹⁰ sporne transakcije.

Standard pravičnosti rezultat je reakcije na rigidnost *common law*-a koje se baziralo na pretpostavci da kada se direktor nađe u situaciji u kojoj njegov lični interes i interes društva dolaze u koliziju, opredijelio bi se za lični interes.³¹¹ Strogost tog pravila je postepeno počela da se narušava nakon što su sudovi počeli da gledaju blagonaklonije na pravne poslove i radnje u kojima postoji lični interes direktora, ako ih naknadno odobrila većina direktora koji nemaju lični interes u predmetnom poslu.³¹² Danas, odobrenje odbora nije više neophodno, pod uslovom da direktor kod kojeg postoji lični interes može zadovoljiti zahtjeve „testa pravičnosti“.

³⁰⁹ U svom govoru o odgovornosti korporativnih direktora Vrhovni sudija Fuller, iznio je sledeće zapažanje: “U svakom pogledu, stepen pažnje koji obavezuje direktore onaj koji bi obično obzirni i oprezni čovjek ispoljio u sličnim okolnostima...Što u jednom slučaju može biti krajnja nepažnja, u drugom slučaju ne može biti uobičajena pažnja, a pitanje nepažnje je, na kraju, pitanje činjeničnog stanja koje treba utvrditi u svim okolnostima konkretnog slučaja” *Briggs v. Spaulding* (1891). U procenjivanju dužnosti pažnje, sudovi obično korsite subjektivne i objektivne kriterijume: postojanje lične korsiti, stručnost u tom području i sposobnost razumne procjene.

³¹⁰ Sudovi su koristili različite testove i terminologiju prilikom konkretizacije standarda pravičnosti: npr. "fundamentalna pravičnost" (*Sinclair v. Levien*, 1971.); "prirodna pravičnost" (*Remillard v. Remillard-Dandini Co.*, 1952); „pravičnost“. U tom vidu se može se tvrditi da je „pravičnost“ konceptualno najširi pojam koji se odnosi i na proceduralni i na suštinski karakter transakcije; dok se ostali pojmovi fokusiraju na uslove transakcije, tj. na supstancijalnu pravičnost. Međutim sudovi koji upotrebljavaju ne sugerišu nikakvo razlikovanje. A., Bulbulia, D., Pinto, *Statutory Responses to Interested Directors' Transactions: A Watering Down of Fiduciary Standards?*, *Notre Dame Law*, br. 168, 1997, 201-203.

³¹¹ *ibid*, str. 202.

³¹² *ibid*, str. 203.

Pri postavljanju kriterijuma pravičnosti, sudovi često uzimaju u obzir „vrijednost“ kompanije nakon obavljene transakcije, ekonomsku potrebu, način na koji je predmetni posao izveden, kao i visinu naplaćenog iznosa u poređenju sa njenom tržišnom vrijednošću. Na ispitivanje stepena pravičnosti mogu uticati i druge nefleksibilne smjernice, kao što je identitet odgovornih lica i obim informacija o predmetnom poslu koje su direktori dostavili. Međutim, bez obzira na to koji se konkretni kriterijumi postave, važno je naglasiti da su sudovi zadržali visok stepen diskrecije kako bi se mogli prilagoditi različitim mogućim sukobima interesa.³¹³ Bez sumnje da je problem koji postoji sa standardom pravičnosti evidentan. Ipak, ovaj standard treba prihvatiti kao “nužno zlo”, budući da ostaje kao trenutno najprihvatljiviji kompromis između prijašnjeg rješenja *common law*-a i modernog poslovanja.³¹⁴ Ovaj balansirani pristup omogućava dobronamjernim direktorima izvjesnu sigurnost da će preduzeti pravni posao, odnosno radnja, biti odobrena ako je pravična prema svim članovima društva.

Nekoliko atributa standarda pravičnosti primenjenih u slučajevima fiducijarnih dužnosti mogu biti ekstrapolirani i u slučajevima odlučivanja o prethodnom zahtjevu. Stoga, stepen do kojeg se odluka parničnog odbora nezavisnih direktora o odbijanju prethodnog zahtjeva člana društva može preispitati bi zavisio od identiteta odgovornih lica i karaktera povrede, pošto bi ovi faktori mogli

³¹³ Na primjer, u situacijama spajanja postoji državni interes za promociju spajanja i sudski interes za zaštitu akcionara, dok u situaciji tenderske ponude, državni interes nestaje, ostavljajući samo sudski interes što automatski upućuje na strožiji fiducijarni standard, odnosno rigidnije zahtjeve testa pravičnosti.

³¹⁴ Neki kritičari tvrde da se ovakva klizna skala već primjenjuje prilikom primjene pravila poslovne procjene u analizi odluka direktora. Takva praksa, međutim, dovodi do ukupne nepredvidivosti, a formalno usvajanje suštinskih smjernica pravičnosti izbjeglo bi propadanje u ove manje poželjne standarde. Primarna zamjerka upotreba standarda pravičnosti može biti ta što omogućava previše detaljno ispitivanje sporne transakcije. Ovo se obrazlaže time da u slučaju da ako nije formiran odbor nezavisnih direktora, tužba bi bila dalje procesuirana i sud bi na kraju primijenio test pravičnosti u cilju donošenja odluke o legitimitetu direktora (navodeći da bi testovi pravičnosti trebalo koristiti samo kada su direktori „na obje strane“ transakcije, a ne samo u odlukama da ne podnose tužbu). D., Brown, E., Phillips: *The Business Judgment Rule: Burks v. Lasker and Other Recent Developments*, *Corporation Law*, br. 6., 1981, str. 453-478.)

bili esencijalni za utvrđivanje standarda pravičnosti. Na primjer, u situacijama gdje sporna radnja/posao predstavlja izolovanu i sporadičnu pojavu, standard pravičnosti bi nalagao niži stepen ispitivanja nego što bi to bilo u situaciji kada su poslovni procesi korporacije postali kontinuirano očigledno neefikasni. Ova fleksibilnost testa pravičnosti bi, stoga, dala sudu odriježene ruke da napravi adekvatnu procjenu kada detaljno sudsko razmatranje ne bi bilo svrsishodno.

1.5. Odstupanje od obaveze podnošenja prethodnog zahtjeva

Kao i tematika odlučivanja o prethodnom zahtjevu, tako i odstupanje od obaveze njegovog podnošenja se u teoriji najilustrativnije prikazuje kroz praksu američkih sudova. Vrhovni sudovi Njujorka i Delavera, kao dvije najznačajnije jurisdikcije u ovom domenu, koriste različite testove u vezi opsega sudskog preispitivanja odluka parničnih odbora nezavisnih direktora o odbijanju zahtjeva. Apelacioni sud države Njujork je u slučaju *Auerbach v. Bennett*³¹⁵ objasnio da će odluka parničnog odbora biti preispitana jedino ukoliko tužilac može da dokaže da članovi odbora nisu bili u potpunosti nezavisni u donošenju svoje odluke, da nisu postupali u dobroj vjeri ili da njihove ispitivanje nije bilo dovoljno sveobuhvatno, budući da je u suprotnom, njihova odluka zaštićena pravilom poslovne procjene ("*Business Judgement Rule*"). Vrhovni sud u Delavaru, sa druge strane, pravi razliku između situacija u kojima je zahtjev uopšte potreban ili ne. U slučaju *Aronson v. Lewis*³¹⁶ zaključeno je da tamo gde postoji potreba za zahtjevom, parnični odbor donosi odluku da li će pokrenuti postupak, pri čemu je ta odluka zaštićena pravilom poslovne procjene. U većini dosadašnjih slučajeva u Delaveru zaključeno je da je zahtjev bio potreban, na osnovu čega se može steći utisak da su sudovi u Delaveru, uprkos načelnom stavu da je u određenim situacijama prethodni zahtjev nesvrshodan, ipak iskazali više spremnosti da ispoštuju u odluke parničnih odbora o odbijanju zahtjeva, nego što je to bila praksa sudova u Njujorku kod kojih je prethodni zahtjev uvijek obavezan.

³¹⁵ *Auerbach v. Bennett*, 393 N.E.2d 994 (N.Y. 1979).

³¹⁶ *Aronson v. Lewis*, 473 A.2d 805 (Del. 1984).

1.6. Razlike u pravnom tretmanu Vrhovnog suda Delavera i Američkog pravnog instituta (ALI)

Procedura Vrhovnog suda Delavera

Prema proceduri u Delaveru, osnovni mehanizam za provjeru opravdanosti odbacivanja derivativne tužbe dobija se kroz pitanje postojanja obaveze podnošenja prethodnog zahtjeva.³¹⁷ Kada postoji obaveza podnošenja prethodnog zahtjeva, odgovor odbora na zahtjev ulazi u domen pravila poslovne procjene, te se u takvim slučajevima, tužiocima obično suočavaju sa nepremostivom preprekom.

Dakle, kritično pitanje postaje kada će se obaveza podnošenja prethodnog zahtjeva odboru izuzeti kao necjelishodna? Odgovor na ovo pitanje se razlikuje u zavisnosti od jurisdikcije. Rani slučajevi Delavara su se prilikom analize efikasnosti prethodnog zahtjeva prvobitno fokusirali na pitanje da li bi odbor bio neprijateljski nastrojen prema tužbi, tj. da li je odbor bio predodređen da se odupre zahtjevu za njeno podnošenje? Odgovor na ovo pitanje i značajni doktrinalni pomak uslijedio je u predmetu *Aronson v. Lewis*³¹⁸, kada je Vrhovni Sud kategorizovao okolnosti pod kojima prethodni zahtjev može biti izuzet. U tom predmetu sud je preusmjerio fokus sa predispozicije odbora na odlučivanje na pitanje da li je ponašanje direktora spadalo pod domen zaštite pravila poslovne procjene. Test ima dva alternativna pravca čije ispunjenje ima za posljedicu oslobođenje člana društva od obaveze podnošenja prethodnog zahtjeva. Dakle, sud u okvirima svog diskrecionog prava mora odlučiti da li, prema navedenim činjenicama konkretnog slučaja: (1) su direktori nepristrasni i nezavisni i (2) da li je sporna radnja/posao bila rezultat valjanog sprovođenja pravila poslovne procjene.

³¹⁷ Ovo gledište nije specifičnost Delavera, već se javlja i u drugim jurisdikcijama, iako je njegov standard za utvrđivanje necjelishodnosti tužbi znatno nepovoljniji od standarda drugih jurisdikcija.; D. P., Curtin, Demand on Directors and Shareholders As a Prerequisite to a Derivative Suit, *Harvard Law Review*, br. 4, 1960, str. 746.

³¹⁸ 473 A.2d 805 (Del. 1984).

Pod prvim Aronsonovim “testom”, tužilac mora da navede konkretne činjenice koje ukazuju na to da većina članova odbora ima finansijski interes u spornoj transakciji ili da joj je nezavisnost na neki drugi način dovedena u pitanje.³¹⁹ Ovaj kriterijum se rijetko može zadovoljiti u slučaju kada

³¹⁹ U slučaju da tužilac dovodi u pitanje nezavisnost većine članova odbora, na njemu je obaveza da navede precizne činjenice koje to dokazuju, npr. da u odboru dominantan uticaj ima direktor koji je zagovornik sporne transakcije.

se javna³²⁰ korporacija nalazi u odboru sa većinom spoljnih direktora³²¹. Sa druge strane, Aronson-ov drugi kriterijum pruža mnogo više od ove maglovite smjernice. Prema njemu, čak i direktori

³²⁰ Uobičajna podjela akcionarskih društava na otvorena (“*open joint stock company*”) i zatvorena akcionarsko društvo (“*closed joint stock company*”) odnosi se na činjenicu da se kod javnih akcionarskih društava vrši javni poziv na upis i uplatu akcija, pri čemu je broj akcionara neograničen, a prenos akcija je slobodan i ne može se ograničiti internim aktima društva, dok se kod zatvorenih akcionarskih društava upis akcija ne može vršiti javnom ponudom, broj akcionara ograničen, a akcije se mogu izdati samo osnivačima ili ograničenom broju drugih lica. Dakle, ključna razlika je u tome što zatvoreno akcionarsko društvo može da vrši samo zatvorenu emisiju akcija postojećim članovima i ograničenom krugu profesionalnih investitora, a otvoreno akcionarsko društvo može da vrši i zatvorenu i otvorenu emisiju akcija putem javne ponude neodređenom krugu lica.

Zakon o privrednim društvima iz 2004. godine (čl. 307, “Sl. glasnik RS“ br.125/2004) pravio je razliku između otvorenih i zatvorenih društava, propisujući da zatvoreno akcionarsko društvo može imati ili direktora ili upravni odbor (koji ne mogu postojati istovremeno), dok je kod otvorenog akcionarskog društva upravni odbor obavezan organ.; S. Knežević, *Organi akcionarskog društva*, Novi Sad, 2016, str. 79, 98, 180. Zakonom o privrednim društvima iz 2011. godine ukinuta je podjela na otvorena i zatvorena, te se samo govori o javnim društvima (koja su emitovala hartije od vrijednosti) i onima koja to nisu. Naime, ZPD ne govori izričito o vrstama akcionarskih društava, ali ipak pravi razliku u nizu obaveza između društava koja emituju javne ponude hartija od vrijednosti i akcionarskih društava koja ne vrše takvu emisiju. Javno akcionarsko društvo je pod posebnim nadzorom Komisije za hartije od vrijednosti, te ima obavezu da izvještava javnost, Komisiju i Registar o svom poslovanju, finansijskim izveštajima, izveštajima revizora i ne može odrediti ograničenja prometa svojih akcija internim aktima. Nejavno akcionarsko društvo nije pod posebnim nadzorom Komisije za hartije od vrijednosti, a na osnovu člana 123. Zakona o tržištu kapitala (“Sl. glasnik RS”, br. 31/2011, 112/2015 i 108/2016) zaključuje se da može imati najviše 10.000 akcionara. Sa druge strane, svako akcionarsko društvo može postati javno ako je uspješno izvršilo javnu emisiju akcija sa prospektom čije je objavljivanje odobrila Komisija za hartije od vrijednosti. Ipak, ovakva klasifikacija nije prisutna u svim zemljama. Na primjer, dok zakonodavstvo Švedske ostaje pri podjeli na zatvorena i otvorena akcionarska društva, u Francuskoj su zastupljene četiri forme akcionarskog društva – otvorena, zatvorena, sa učešćem zaposlenih i pojednostavljena.; G., Maričić, *Organi upravljanja u akcionarskim društvima*, Novi Sad, 2017, 34-6.

³²¹ Izraz spoljni direktor (external, outside director) je američki termin za označavanje neizvršnih direktora. Neizvršni direktori nadziru rad izvršnih direktora, predlažu poslovnu strategiju društva, nadziru njeno

kod kojih ne postoji finansijski interes mogu biti dovedeni u pitanje ako se tužilac izjasni o konkretnim činjenicama koje ukazuju na to da nisu valjano sproveli pravilo poslovne procjene. Preciznije, tužioci će se izuzeti obaveze podnošenja prethodnog zahtjeva ukoliko su u prilici da pruže adekvatan činjenični osnov o postojanju razumne sumnje u pogledu legitimiteta sporne transakcije dovoljne da se pobije pretpostavka da se pravilo poslovne procjene odnosi na nju.

Naravno, da su i ovom drugom kriterijumu upućivane određene zamjerke u pogledu nedovoljne određenosti, budući da podložan veoma varijantnom tumačenju i primjeni. Konkretno, značenje pojmova razumne sumnje i adekvatnog činjeničnog osnova neophodnih za pobijanje pretpostavke u korist odbora su nedefinisane i pozivaju na suštinski subjektivnu interpretaciju. Neki autori ističu da je otvorena tekstura svojstvena Aronsonovom testu možda njegova spasilačka milost.³²² Zaista, federalni sudovi koji su primijenili Aronsonov test opravdavaju njegovu primjenu uprkos činjenici da on, sam po sebi, rijetko diktira predvidljiv rezultat u konkretnom slučaju, te je sudija obično prinuđen da manipuliše standardom "adekvatnog činjeničnog osnova" da bi došao do željenog rezultata.

Doktrinarno, suštinski pomak u formuli Delavara je pravilo o izuzimanju od obaveze podnošenja prethodnog zahtjeva, koje tužioca stavlja između Scile i Haridbe: Ako tužilac ne podnese prethodni zahtjev odboru direktora, dužan je da prevaziđe Aronsonov test; ali ako tužilac podnese zahtjev, time priznaje nepristrasnost odbora. Zbog ovog konstruktivnog "odricanja" od sumnje u objektivnost odbora, tužioci koji se ipak odluče da podnesu prethodni zahtjev mogu da dovode u pitanje odbijanje zahtjeva jedino pozivajući se na nepostupanje u dobroj vjeri prilikom sprovođenja pravila poslovne procjene od strane odbora.

Alternativni pristup Američkog pravnog instituta (ALI)

izvršavanje i odlučuju o davanju odobrenja u slučajevima postojanja ličnog interesa izvršnih direktora.; član 390., ZPD.

³²² J.J., Hanks, R. F., Balotti, Rejudging the Business Judgment Rule, *Business Law Review*, br. 183, str. 1337.

Način na koji Američki pravni institut (American Law Institute – ALI)³²³ pristupa derivativnoj tužbi fundamentalno se razlikuje od pravnog tretmana Delavera. Taj pristup napušta tradicionalnu razliku između "obaveznog" i "izuzetog" prethodnog zahtjeva, već obaveza podnošenja prethodnog zahtjeva postoji u svakoj situaciji, sem u slučaju kada bi podnošenje prethodnog zahtjeva moglo dovesti do nenadoknadle štete, zahtjev se može podnijeti naknadno, nakon podnošenja same tužbe.

Standard "univerzalnog zahtjeva" Američkog pravnog instituta počiva na nekoliko opravdanja koja se međusobno preklapaju. Prvo, smanjen je potencijal za kolateralne parnični postupke. Mnoga od perifernih pitanja koja se mogu postaviti, a tiču se: opravdanosti, sadržine i obima prethodnog zahtjeva, kao i pitanja da li članovi društva koji nisu podnijeli prethodni zahtjev mogu dovoditi u pitanje nezavisnost odbora u situaciji kada su drugi članovi podnijeli zahtjev, mogu se jednostavno eliminirati. Drugo, kroz obavezu podnošenja prethodnog zahtjeva, pristup Američkog instituta pomjera fokus sa kapaciteta odbora da procijeni legitimitet derivativne tužbe do njenog stvarnog odgovora na nju.

Ovdje treba ukazati na veliki nedostatak pristupa "obaveznog/izuzetog prethodnog zahtjeva" jer uz svo deklarativno poštovanje odbora direktora, on zapravo umanjuje ulogu odbora u parnici. Budući da tužiocima ne podnose zahtjeve (kako ne bi njegovim podnošenjem posredno priznali nezavisnost odbora), jedino pitanje koje sud može ispitati je da li je odbor bio nezavisan, što je vrlo teško utvrditi jer odbor nije bio u prilici da odgovori na zahtjev, jer on nije ni podnjet.

Suprotno tome, uvođenje obaveze podnošenja prethodnog zahtjeva u svim slučajevima koji zagovara Američki institut, omogućava sudu da preispita ne samo stepen nezavisnosti odbora, već i postupak koje je sproveo prilikom odgovora na zahtjev, kao i materijalne razloge odbijanja. Dakle, evidentna je razlika između ograničenog oblika "fantomskog" sudskog preispitivanja koji je ograničen na navodne finansijske i druge sukobe interesa odbora, kao i sveobuhvatnog pristupa koji uključuje preispitivanje stvarnog razmatranja odbora. Još važnije, prema pristupu koji

³²³ Vodeća nezavisna naučna institucija u SAD formirana u cilju boljeg razjašnjenja, modernizacije i pružanja preporuka za unaprjeđenje pravnih instituta, dostupno na: <https://www.ali.org/> (datum pristupanja: 4. avgusta 2017.)

promoviše Delaver, odbor možda nikada neće biti u prilici da sazna za tužbu i sledstveno tome procijeni tužbene navode.³²⁴

Suočeni sa pitanjem da li parnični odbor nezavisnih direktora može, pozivajući se na pravilo poslovne procjene, odbiti prethodni zahtjev za podnošenje derivativne tužbe u kojoj su tuženi njihove kolege direktori, veliki broj sudova proteklih godina odgovorio je afirmativno.

Kao obrazloženje svog stava, ovi sudovi su istakli da je odluka odbora da ne podnese tužbu poslovna odluka i diskreciono pravo direktora, te da bi u odsustvu ličnog interesa direktora ili postupanja u lošoj namjeri, trebalo biti zaštićena od provjere od strane sudova. Navedeni stav je pokazao kontinuiranu održivost derivativne tužbe kao mehanizma pomoću kojeg se članovi društva na izvjestan način mogu zaštititi od lošeg upravljanja i zloupotreba direktora. Međutim, Vrhovni sud u Delavaru zadao je ozbiljan udarac ovom stavu opisanom kao "jasan trend u korporativnom pravu". U predmetu *Zapata Corp. v. Maldonado* sud je odbacio pretpostavku da odbijanje prethodnog zahtjeva od strane parničnog odbora nezavisnih direktora treba biti izuzeto od sudskog nadzora. Ovo je imalo za posljedicu formulisanje testa u dva koraka od strane Vrhovnog suda Delavara u okviru kojeg sud prvo ispituje nezavisnost i *bona fide* postupanja parničnog odbora, a zatim, primenjuje svoje diskreciono pravo prilikom odlučivanja o samom zahtjevu.³²⁵

³²⁴ J. C., Coffee, New Myths and Old Realities: The American Law Institute Faces the Derivative Action, *Columbia Law School Scholarship Archive*, 1993, str. 1412-1417.

³²⁵ M. S., Tuttle, Limits on the Power of Directors to Terminate Shareholder Litigation: The Revival of the Derivative Suit, *Cincinnati Law Review*, br. 50, 1981, str. 786-7

2. Aktivna stranačka legitimacija

Aktivnu stranačku legitimaciju za podnošenje derivativne tužbe u srpskom pravu može imati jedan ili više članova društva koji u trenutku podnošenja tužbe posjeduju udjele ili akcije koji predstavljaju najmanje 5% osnovnog kapitala društva (nezavisno od toga da li je osnov za podnošenje derivativne tužbe nastao pre ili nakon sticanja svojstva člana društva) pod uslovom da su prije podnošenja derivativne tužbe pisanim putem zahtijevali od društva da podnese tužbu po tom osnovu, a taj zahtjev je odbijen, odnosno po njemu nije postupljeno u roku od 30 dana od dana podnošenja zahtjeva. Dakle, tužilac u postupku po derivativnoj tužbi mora biti član privrednog društva za čiji račun podnosi tužbu, pri čemu član društva koji je stekao udeo ili akcije u društvu od lica koje je podnijelo derivativnu tužbu može, uz saglasnost tog lica, stupiti na njegovo mjesto u sporu po toj tužbi do njegovog pravosnažnog okončanja, kao i u postupku po vanrednom pravnom lijeku.³²⁶

U američkoj pravnoj literaturi prisutna je tendencija da se zakonodavcu nametne proširenje kruga aktivno legitimisanih lica za podnošenje derivativne tužbe, što se tretira i jednom od mjera podsticaja za vođenje ovih postupaka. S druge strane, isključuje se mogućnost da tužioci budu imenovani akcionari (koji drže akcije u svoje ime a za račun nekog lica), već to mogu biti samo stvarni akcionari.³²⁷ U izvjesnom broju jurisdikcija anglosaksonskog pravnog sistema korporativna regulativa priznaje pravo podnošenja derivativne tužbe direktorima u svim onim slučajevima kada je to dozvoljeno i samim akcionarima, sa jedinom razlikom što se na direktore ne primjenjuje uslov koji se tiče posjedovanja akcija društva. Sa druge strane, precedentno pravo SAD-a poznaje i slučajeve uskraćivanja prava na podnošenje derivativne tužbe većinskom akcionaru. Ponuđeno obrazloženje od strane sudova koji su donijeli takve odluke zasnivalo se na stavu da većinski akcionar ima mogućnost da promijeni sastav odbora direktora i da na taj način stvori uslove za podnošenje direktne tužbe od strane društva, a da je derivativna tužba predviđena

³²⁶ član 79., ZPD.

³²⁷ M., Vasiljević, op. cit., str. 91.

kao pravno sredstvo kojim akcionari mogu zaštititi interes društva samo u slučaju da su ostali bez alternativnog rješenja, što je u slučaju većinskog akcionara teško zamislivo.³²⁸

2.1. Uslov pravovremenog posjedovanja akcionarskog statusa (“*contemporaneous ownership requirement*”)³²⁹ kao preduslov za podnošenje derivativne tužbe

Unaprijed je istaknuto da se derivativna tužba razvila kao pravno sredstvo koje članovima društva pruža mogućnost da stanu u odbranu prava društva u slučajevima kada uprava radi protivno interesima društva. Nažalost, zloupotrebe sa kojima su se susrele preteče ovog instituta, poput neosnovanih kolektivnih tužbi i drugih radnji koje su na kraju imali negativne posljedice i po same članove društva, dovele su do propisivanja ograničenja u vidu preduslova koje je potrebno ispuniti za podnošenje derivativne tužbe. Konsekvence ovih ograničenja se ne svode samo na to da se pojedinci odvrate od derivativnih tužbi, već mogu uskratiti savjesnim članovima društva bilo kakav oblik odštete za korporativne zloupotrebe.³³⁰

Jedan od najvažnijih ograničenja aktivno stranački legitimisanih lica u postupku po ovoj tužbi je uslov pravovremenog posjedovanja akcionarskog statusa (“*contemporaneous ownership requirement*”) tj. uslov da akcionar dokaže posjedovanje akcija društva u vrijeme realizacije

³²⁸ V., Savković, op. cit. str. 71-73.

³²⁹ Pod pravovremenim posjedovanjem statusa akcionara u ovom kontekstu misli se na posjedovanje akcija društva u vrijeme transakcije čija realizacija je dovela do nastupanja štete po društvo, kao i na održavanje tog svojstva kako u momentu predaje tužbenog zahtjeva, tako i za svo vrijeme trajanja derivativnog postupka. Ovaj uslov u pravnoj teoriji poznat je pod nazivom Pravilo 23.1 (Rule 23.1. Delaware Rules of Civil Procedure, dostupno na: https://h2o.law.harvard.edu/text_blocks/867 ; <https://www.mass.gov/rules-of-civil-procedure/civil-procedure-rule-231-derivative-actions-by-shareholders#rule-23-1>, datum pristupa: 18. marta 2018.)

³³⁰ M., Seanson, Right of a Stockholder, Suing in Behalf of a Corporation, to Complain of Misdeeds Occurring Prior to His Acquisition of Stock, Harvard Law Review, br. 21, 1907, str. 195.

sporne transakcije.³³¹ Ironično, ovaj preduslov pravovremenog posjedovanja akcija za procesno aktivno legitimisana lica, koji je usvojen od strane nekoliko država³³², kao i federalnih sudova, može služiti kao štit korporativnim zloupotrebama i time podrivati originalnu svrhu derivativne tužbe. Naime, ukoliko se savjesnim članovima društva, koji prethodno nisu obaviješteni o predašnjim nezakonitim transakcijama, uskraćuje pravno sredstvo koje im pruža zaštitu u tim slučajevima, derivativna tužba se osakaćuje i pretvara u ništa više do lijepo osmišljenu mogućnost male upotrebne vrijednosti.

Revoltirana zbog nepravde koja je proizašla iz nefleksibilnog sprovođenja ovog preduslova, mnoga pravosuđa su kao jedan od glavnih izuzetaka prepoznala situaciju u kojoj se sporna transakcija nastavlja nakon sticanja akcija od strane akcionara-tužioca. Pored ovog izuzetka („*continuing wrong theory*“) upotrijebljeno je nekoliko drugih metoda kako bi ostvarilo pravo na podnošenje derivativne tužbe bez zaobilaženja pravila o pravovremenom posjedovanju akcija.

³³¹ Ovaj uslov je propisan članom 1.28 (b) Statuta iz Oklahome 1971. koji glasi: "Ako bilo koja korporacija, njeni direktori, zaposleni i/ili akcionari prekorače svoja ovlašćenja, ili ako prevarnim postupanjem umiješaju korporaciju u bilo koji čin, ugovor ili poslovni poduhvat koji nije u skladu sa svrhom te korporacije, iskazanoj u statutu, ili svjesno dovedu u zabludu korporaciju ili njene akcionare, jedna ili više takvih stranaka mogu inicirati postupak za obeštećenje u korist korporacije protiv bilo kojeg lica, kao i članova uprave; *pod uslovom da tužilac dokaže da je bio akcionar u vrijeme transakcije zbog koje se postupak pokreće.*"; 18 Oklahoma Statutes. 1.28 (b) (1971).

³³² Za popis država koje su usvojile preduslov pravovremenog posjedovanja akcija, bilo sudskom praksom, statutom ili kombinacijom statute i sudske prakse (vidi: Z., Cavrch, *Business Organizations with Tax Planning*, London, 1977.) Ipak ovo ograničenje nije uvedeno u svim jurisdikcijama, već su sudovi u njima pribjegli obrazloženju da bi propisani uslovi za derivativnu tužbu trebalo tretirati na isti način kao svaki drugo pravno sredstvo. Na osnovu ovog obrazloženja, pravo podnošenja derivativne tužbe u tim jurisdikcijama pripada svim akcionarima, nezavisno od toga da li su sporne transakcije preduzete prije ili nakon otuđenja njihovih akcija. Ovo manjinsko gledište izraženo je u tužbi koju je akcionar podnio zbog otuđenja imovine korporacije protivno pravu preče kupovine u predmetu *Forbes v. Wells Beach Casino Inc.*: „Značajna manjina jurisdikcija smatra da je pravo na tužbu zbog prethodno nanijete štete društvu, korporativno sredstvo i da će shodno tome naknadni sticalac steći sva prava svog pravnog prethodnika u odnosu na društvo, uključujući pravo na pokretanje derivativne tužbe za štetu koja je nanijeta društvu." (*Forbes v. Wells Beach Casino Inc.*, 307 A .2d 210, (1973)).

Jedan od primjera je amandman na Statut Oklahome koji savjesnim akcionarima garantuje pravo da u ime korporacije podnose tužbe i u slučaju kada je osnov za podnošenje nastao prije nego što su postali akcionari. Statut Oklahome identičan današnjem federalnom pravilu, koje vodi porijeklo od preko jednog vijeka starog “*Equity Rule*” postavljenog u slučaju *Hawes v. Oakland*³³³ iz 1882. god. U slučaju *Hawes*, vrhovni sudija Miller je izrazio svoju ogorčenost zbog sve većeg broja parnica u kojima se udjeli članova privrednih društava prenose na nerezidente sa ciljem da se jurisdikcija prenese na federalni sud. U konkretnom slučaju, građanin New York-a podnio je tužbu protiv vodovodne kompanije iz Kalifornije i grada Oakland kako bi spriječio da ta kompanija besplatno snadbijeva grad vodom. Tvrdeći da bi to rezultiralo smanjenjem dividendi, član društva nije uspio da dokaže da je njemu i kompaniji nanijeta šteta, niti da je direktorima kompanije predat prethodni zahtjev za podnošenje tužbe. Odlučan da stane na kraj lažnim parnicama u federalnim sudovima, koje su pokrenuli tužioci koji su stekli akcije nakon navodno nezakonite transakcije isključivo radi uspostavljanja višestrukog državljanstva, sudija Miller je izjavio: “U tužbi mora biti navedena tvrdnja da je tužilac bio akcionar u vrijeme realizacije transakcije zbog koje podnosi tužbu kako bi ona mogla biti izvedena pred pravosuđe SAD-a u slučaju koji inače nije unutar jurisdikcije pravosuđa.”³³⁴

Mnogi sudovi drugih država koji su u međuvremenu prihvatili ovo federalno pravilo kao mjeru za sprečavanje budućih sticaoca akcija da podnose tužbe ili da vode ove postupke pred sudom u isto vrijeme su odbili da sprovedu strožiju primjenu ovog pravila u slučajevima lošeg rukovođenja korporacijom ili prevarnog postupanja koje je rezultiralo nanošenjem štete savjesnim naknadnim sticaocima akcija. Zaključujući da osnov podnošenja tužbe uključuje vanredne okolnosti³³⁵ koje opravdavaju tužiočevo pravo da inicira postupak, sudovi često naglašavaju potrebu za podnošenjem derivativne tužbe u situacijama kada akcionarima nije na raspolaganju niti jedan

³³³ 9104 U.S. 450 (1882).

³³⁴ *ibid*, str. 461.

³³⁵ Na primjer, za slučaj kada je tužilac zasnovao tužbu na navodima o kršenju fiducijarnih dužnosti, prevarama u poslovanju i lošem upravljanju korporativnim poslovima optirajući da tužbu podnese u svoje ime kao pojedinac (individualnu tužbu), a ne kao derivativnu tužbu zaštite prava društva i uz to se pozvao na kršenje Zakona o hartijama od vrijednosti (*Stoner v. Forda* FED. SEC. L. REP f 94,950 (1974-1975)).

drugi pravni lijek. Dok su rane verzije ovog preduslova rezultirale njegovom mehaničkom implementacijom u nekim jurisdikcijama, uz bolje razmatranje cjelokupnog konteksta članu društva se dozvoljava podnošenje derivativne tužbe u slučaju jedne ili više od navedenih okolnosti: (1) sporna transakcija se kontinuirano ponavlja; (2) neprijavlivanje (“*cover up*”) povrede dužnosti direktora; (3) lažno predstavljanje sa ciljem navođenja na kupovinu akcija.

2.2. Sporna pitanja u pogledu aktivne stranačke legitimacije

2.2.1. Povreda dužnosti koja se kontinuirano ponavlja (“*the continuing wrong theory*”)

Kao jedan od prvih izuzetaka preduslova pravovremenog posjedovanja svojstva akcionara bila je teorija o povredi dužnosti koja se kontinuirano ponavlja u (“*the continuing wrong theory*”), koja je podržana od strane većine sudova kako bi se izbjegle inače grube posljedice njegove nefleksibilne primjene.

U slučaju *Palmer v. Morris*³³⁶, direktori korporacije su optuženi za zaključenje ugovora u cilju sticanja lične koristi, prije tužiočeve akvizicije akcija, pri čemu su po osnovu tih ugovora i dalje vršene sporne uplate za usluge koje nisu donijele nikakve koristi korporaciji. Apelacioni sud priznao je pravo akcionara na podnošenje derivativne tužbe protiv direktora sa obrazloženjem: “Uslov da je tužilac posjedovao akcije u vrijeme realizacije transakcije zbog koje podnosi tužbu može biti zadovoljen ako se radi o povredi dužnosti koji se *kontinuirano ponavlja*; to znači, da “traje u vrijeme posjedovanja akcija od strane tužioca ili ako su se novi elementi koji imaju karakteristike povrede dužnosti pojavili nakon akvizicije akcija.”³³⁷

2.2.2. Prikriivanje prvobitne povrede dužnosti (“*Cover-up*” of Original Wrong)

Pored teorije o “povredi dužnosti koja se kontinuirano ponavlja”, direktno izbjegavanja pravila o pravovremenom posjedovanju svojstva akcionara, pruža i teorija “prikriivanja” prvobitne povrede.

³³⁶ 316 F.2d 649 (5th Cir. 1963).

³³⁷ G., Prouty, *Business Associations*, *New York Law Review*, br. 35, 1960, str. 1468.

Po ovoj teoriji, tužba je zasnovana ne na prvobitnoj povredi dužnosti, “već na propustu direktora da tu povredu prijavi, čime je došlo do njenog “pokrivanja”, što je samo po sebi predstavlja novu povredu dužnosti.”³³⁸

Prema navedenom, bilo koji propust direktora da prijavi povredu dužnosti koja se desila prije akvizicije se može smatrati novom, nezavisnom povredom dužnosti koja može imati negativne posljedice po savjesne akcionare koji nakon toga stekli akcije korporacije, a da nisu bili obaviješteni o njegovom ranijem postojanju. Dalje, akcionari moraju imati legitimno pravo da svoju tužbu zasnivaju na “sekundarnoj povredi dužnosti”, dakle, novoj povredi počinjenoj od strane odgovornih lica koji se ogleda u njihovoj suzdržanosti da podnesu tužbu na osnovu prvobitne povrede sve dok ona ne podlegne pod dejstvo odredbi o zastarijevanju.

Jedna takva, “sekundarna povreda dužnosti” zabilježena je u slučaju *Gluck v. Unger*³³⁹ u kojem su tuženi direktori pokrenuli tužbu u ime korporacije i time onemogućili podnošenje derivativne tužbe od strane akcionara, da bi nakon toga istu vodili na krajnje nesavjesan način. Sud Njuorka je prepoznao ovu strategiju interpretirajući svoj Statut koji ovo pitanje tretira na isti način kao i Statut Oklahome. U ovom slučaju, tužilac je kupio akcije korporacije nakon spajanja sa drugom korporacijom koja je, navodno, izvršila prevaru povezanu sa spajanjem korporacija. Sud je izjavio da tužilac ima pravo da pokrene tužbu protiv direktora prve korporacije zbog navodne povrede dužnosti koji se dogodio nakon što je akcionar kupio deonice. Naredna povreda dužnosti je bila povezana sa nesavjesnim vođenjem postupka koju je prva korporacija podnijela protiv druge. Sud je u tom slučaju bio izričit u tvrdnji da “tužilac - akcionar može tužiti direktore zato što su “gledali kroz prste” i nisu učinili ništa povodom nezakonitog ponašanja drugih direktora i zaposlenih u korporaciji i zaključio da “pokrivanje” prvobitnog povrede dužnosti predstavlja novu i nezavisnu povredu.”³⁴⁰

³³⁸ G., Hornstein, *Corporation Law*, New York, 1968, str. 712.

³³⁹ 25 Misc. 2d 554, 202 N.Y.S.2d 832, Supreme Court (1960).

³⁴⁰ 5 Misc. 2d 554, 202 N.Y.S.2d 832, 834 Supreme Court (1960).

Iako će doktrina “prikriivanja prvobitnog povrede dužnosti”³⁴¹ ili “nesavjesnog sprečavanja tužbe”³⁴² često spriječiti odgovorna lica da se oslanjaju na odredbe o zastarijevanju, u onim slučajevima u kojima tužilac postane svjestan povrede koja se dogodila prije sticanja akcija, tuženi direktori neće imati pravo na pokretanje tužbi koje za svrhu imaju sprječavanje derivativnog postupka akcionara.

2.2.3. Lažno navođenje na kupovinu akcija

U slučaju *San Juan Uranium Corp. v. Wolfe*³⁴³, Okružni sud okruga Oklahome odbio je tužbu od strane korporacije zbog nepodnošenja tužbe na osnovu koje je mogla biti dosuđena naknada štete koju je pretrpjela korporacija. Iako nije bilo dileme da su osnivači prodajom imovine korporacije uspjeli da iznude 25,000 dolara od korporacije, glavno pitanje koje se postavilo je bilo da li je korporacija imala pravo na podnošenje tužbe u konkretnom slučaju budući da su sve stranke koje imaju pravni interes bile potpuno upoznate sa prevarom za vrijeme transakcije. Apelacioni sud je prilikom odlučivanja pristupio razmatranju dva poznata slučaja Vrhovnog suda u kojima se radilo o identičnim transakcijama. U *Old Dominion Copper Mining & Smelting Co. v. Lewisohn*³⁴⁴, vrhovni sudija Holmes, u ime jednoglasnog sudskog vijeća, izjavio je da korporacija nema pravo podnošenja tužbe zbog povrede dužnosti osnivača koje su rezultirale tajnim profitima osnivača ostvarenih prodajom imovine korporacije. Pravna mogućnost je odbijena uz obrazloženje da su sve stranke koje imaju pravni interes bile potpuno upoznate sa počinjenom povredom dužnosti, iako je korporacija kasnije prodala akcije akcionarima koji nisu bili upoznati sa tajnim profitima koji su osnivači ostvarili na taj način. Međutim, Vrhovni sud države Masačusets je donio suprotan zaključak o tužbi koja je bila povezana sa istom transakcijom. U ovoj drugoj tužbi, *Old Dominion Copper Mining & Smelting Co. v. Bigelow* sud je izjavio: “Uvidom u revizorske izvještaje

³⁴¹ *Bailey v. Glover*, 88 U.S. (21 Wall.) 343 (1875) ; E., Dawson, *Fraudulent Concealment and Statutes of Limitations*, *Michigan Law Review*, br. 31, 1933, str. 875.

³⁴² E., Dawson, *Estoppel and Statutes of Limitations*, *Michigan Law Review*, br. 34, 1935, str. 128, 875.

³⁴³ 241 F.2d 121 10th Circuit (1957).

³⁴⁴ 210 U.S. 206 (1908).

evidentno je da postoji odgovornost predstavnika korporacije u situaciji kada su novi sticaoci akcionarskog kapitala, stupili u korporaciju nakon transakcije zbog koje je podnijeta tužba, iako je ta transakcija bila poznata svim dotadašnjim akcionarima, tj. osnivačima i njihovim predstavnicima.”³⁴⁵ Otkrivši lažne informacije koje su bile predstavljene budućim akcionarima u cilju navođenja na kupovinu akcija (koji je pomagao prevarantsku šemu), sud je izjavio da “Tehnički pristanak korporacije, preko njenih osnivača, na lažne transakcije, ne predstavlja odricanje korporacije od prava na podnošenje tužbe za zaštitu svojih prava u momentu kada se steknu adekvatni uslovi za to.” Treba istaći da nije slučajnost što je ovako stanovište suda zauzeto u istoj godini kada je korporacijama priznat pravni subjektivitet, te da je put formulisanja ovog stanovišta nesumnjivo tekao na te tragu ideje³⁴⁶ i predstavlja posljedicu činjenice da je društvo pravni entitet odvojen od svojih članova.

2.3. Održavanje aktivne stranačke legitimacije

U uporednom pravu dominantan stav je da u derivativnim postupcima za održavanje aktivne stranačke legitimacije obavezno posjedovanje akcija društva u vrijeme nastupanja osnova zbog kojeg se podnosi tužba, kao održavanje tog svojstva kako u momentu predaje tužbenog zahtjeva, tako i za cijelo vrijeme trajanja postupka.

Ova specifičnost je posljedica glavne svrhe derivativne tužbe, koja se ogleda u zaštiti interesa društva, a ne njegovih članova, te shodno tome, predstavlja instrument zaštite od potencijalnih zloupotreba njenog podnošenja u situaciji poznatoj kao „kupovina prava na tužbu“ od strane tzv. „profesionalnih tužilaca“.

2.3. Podnošenje derivativne tužbe od strane profesionalnih tužilaca

Tumačenjem odredbi o pravovremenom posjedovanju akcija društva (Pravila 23.1, *Rule 23.1*) stiče se nedvosmislen zaključak o njihovoj usmjerenosti na obezbjeđenje garancije da se derivativne

³⁴⁵ San Uranium Corporation v. Wolfe, 241 F, 121, 123 (10th Cir.), (1957.).

³⁴⁶ A. H., Prince, op. cit., str. 628.

tužbe podnose u cilju zaštite interesa društva, a ne interesa akcionara. To se naročito odnosi na zahtjeve vezane za period vlasništva, koji nastoje identifikovati tužioce koji će na najbolji način predstavljati interese društva. U tom pogledu se od krucijalnog značaja ističe sprječavanje naručenih tužbi od strane profesionalnih tužilaca.

Modus operandi profesionalnih tužilaca je potraga za kompanijama koje su pretrpile štetu uslijed loših poslovnih odluka uprave (što se ogleda u padu tržišne vrijednosti njihovih akcija) i kupovinom istih kako bi mogli da nastupe kao tužiocu u derivativnom postupku.³⁴⁷ Njihova očekivanja su da će ostvariti korist kupovinom prava na tužbu ako se budžet društva uspješno dopuni naknadom štete i sledstveno tome nemaju ambicije za članstvom u društvu, izuzev onog koje je potrebno da se omogući advokatu da podnese tužbu u njihovo ime, u zamjenu za pripadajuće isplate i bonuse uslijed obeštećenja. Sa tim u vezi, treba napomenuti i činjenicu da opšta praksa američkih sudova o dodjeli velikih advokatskih naknada privlači advokate da vođeni strogo lukrativnim motivima sami pronalaze potencijalne tužioce i podnose tužbe u njihovo ime.³⁴⁸

Takođe, postoji opravdana zabrinutost sudova povodom ucjenjivačkih tužbi usled čijeg podnošenja se društvo izlaže zlonamjernim ucjenama kod kojih se nudi otkup akcije tužilaca po previsokim cenama ili nesrazmjerne nagodbe u zamjenu za odbacivanje tužbe. U ovom slučaju računica je jasna jer je neosnovana tužba skupa neprijatnost, a osnovana tužba može biti prilično opasna po upravu društva. Često je i sama prijetnja takvom tužbom dovoljan okidač za željenu ponudu. Direktor koji se nada da će sakriti povredu svoje dužnosti ili jednostavno želi da izbjegne neugodni, skupi sudski proces često će pristati na poravnanje koje redovno nije u najboljem interesu društva.³⁴⁹ Uzimajući u obzir sve ove okolnosti, sasvim je opravdana zabrinutost sudova

³⁴⁷ N. E. Chemicles: The Future of Litigation Under the Private Securities Litigation Reform Act, in *Securities Litigation: Planning and Strategies for the '90s and Beyond*, A.L.I. Course of Study Materials, Larose, 1996., str. 529-32.

³⁴⁸ S., Wells, Maintaining Standing in a Shareholder Derivative Action, *University of California Davis Law Review*, br. 38, 2004, str. 350.

³⁴⁹ U slučaju *Manufacturers Mutual Fire Insurance v. Hopson*, 176 Misc. 220 (N.Y. Sup. Ct. 1940), tužiocu su pristali na otkup svojih akcija u društvu po sedmostruko većoj cijeni od tržišne u zamjenu za odbacivanje tužbe.

da li će društvo (koje je već pretrpilo štetu) i njegovi ostali članovi zapasti u još nepovoljniju poziciju ukoliko odgovorna lica pristanu na nesrazmjeran iznos poravnjanja u zamjenu za odbacivanje tužbe, bez obzira da li je tužba potencijalno korisna ili ne.

Pored toga, sudovi su dodatno zabrinuti da takav tužilac neće moći adekvatno da zastupa interese društva.³⁵⁰ Kako je primarna svrha derivativne tužbe da povрати finansijsku štetu koja je društvu nanijeta od strane direktora, zadatak tužioca je da djeluje u pravcu uvećanja iznosa potencijalne naknade i istovremenog umanjenja pravnih troškova postupka, jer presuda treba da djeluje u korist svih akcionara u pogledu uvećanja vrijednosti njihovih akcija, kao i vrijednosti društva u cjelini. Imajući ovo u vidu jasno se nameće zaključak da potencijalni tužilac koji traži finansijsku korist kupovinom i ucjenjivačkom tužbom najvjerojatnije neće djelovati rukovodeći se ovim interesima, već da će prije prihvatiti ponovni otkup akcija ili nisku ponudu za nagodbu uključujući i advokatske naknade, u zamjenu da se zalaže za dosuđivanje pravične naknade štete koja bi bila u interesu društva.

2.3.2. Nedoslednost pravila o adekvatnosti aktivne procesne legitimacije

Sa obzirom da je Pravilo 23.1 koje se odnosi na derivativne tužbe prvobitno bilo etablirano smjericama za kolektivnu tužbu, postavlja se pitanje adekvatnog predstavljanja interesa društva od strane tužioca u postupku. Da bi se odredila adekvatnost aktivne procesne legitimacije i isključili paranično sporni tužioci, pomenuto pravilo insistira da tužilac mora biti predstavnik svih akcionara.

Glavna poteškoća se ogleda u propustu stvaraoca pravila, da uskladi stroge zahtjeve pravovremenog posjedovanja svojstva akcionara sa podjednako strogim uputstvima za adekvatno predstavljanje akcionara. Nedoslednost u rigidnosti ovih zahtjeva ni na koji način ne olakšava niti umanjuje prijetnju koja postoji od zloupotreba u vidu ucjenjivačkih tužbi “kupovine prava na

³⁵⁰ Ensign Corp., S.A. v. Interlogic Trace Inc., 1990 U.S. Dist. LEXIS 17147, (S.D.N.Y. 1990).

tužbu” jer u uporednom pravu ne postoje jedinstveni standardi vezani za npr. broj akcija koje tužilac mora posjedovati kako bi vjerodostojno demonstrirao sposobnost i kapacitet da podnese derivativnu tužbu. Vrijednost portfelja nije ništa manje značajan kriterijum za procjenu adekvatnosti procesne legitimacije tužioca od vremenskog trajanja njegovog akcionarskog statusa, jer je kontradiktorno dati veći podsticaj za podnošenje tužbe akcionaru koji već duže vreme posjeduje nekoliko akcija nego onom koji posjeduje znatno veći broj akcija koje je stekao u skorijem vremenskom periodu.

Srpski zakonodavac je ovom pitanju pristupio na krajnje liberalan način.

Ako je posle podnošenja tužbe član društva, odnosno akcionar koji je podnio derivativnu tužbu, otuđio udio ili akcije koje mu pripadaju, to ne utiče na njegovo pravo da nastavi sa postupkom u svoje ime, a za račun društva. Međutim, ako je sa tim saglasan novi sticalac, ali i član društva koji je podnio derivativnu tužbu, član koji je stekao udio ili akcije može u parnici po derivativnoj tužbi stupiti na mjesto člana od koga je stekao udio, odnosno akcije. Tužena strana tome ne može da se protivi. Stupanje u parnicu na mjesto prethodnog člana društva moguće je kako do pravosnažnosti okončanja postupka, tako i u postupku po pravnom lijeku.³⁵¹

Komotnost postojećeg rješenja ZPD-a se ogleda u tome da je jedini kriterijum koji član društva – sticalac akcija/udjela treba da ispuni da bi bi stupio na mjesto svog pravnog prethodnika i vodio derivativni postupak do njegovog pravosnažnog okončanja, kao i postupku po vanrednom pravnom lijeku - pribavljanje saglasnosti od strane lica od kojeg je stekao akcije/udio³⁵² (i po čijem je zahtjevu pokrenut derivativni postupak). Na taj način, prema ovom rješenju aktivna procesna legitimacija postaje stvar internog dogovora pravnog prethodnika (člana društva koji je otuđio akcije, odnosno udio) i njegovog sledbenika – sticaoca akcija, odnosno udjela.

³⁵¹ Z., Stefanović, op. cit., str. 175.

³⁵² član 79., ZPD.

2.4. Kapital učešće kao procesna pretpostavka

Česta je pojava u kontinentalnom zakonodavstvu da se prva procesna pretpostavka upotpunjuje kvantitativnim zahtjevom da član društva koji je tužilac u postupku mora u svakom momentu postupka posjedovati određeni procenat kapital učešća (irelevantno je da li to posjeduje jedan akcionar ili više njih koji su suparničari – bitno je da na strani tužioca ili tužilaca stoji član sa propisanim pragom akcija). U korporativnom zakonodavstvu SAD-a uglavnom se ne traži ova pretpostavka, već samo svojstvo člana društva (tužioca ili lica na koga je prenio akcije/udjele, ako prihvati da bude novi tužilac) u toku cijelog postupka.³⁵³ Iako je propisivanje minimalnog učešća u kapitalu društva neophodnog za pokretanje derivativnog postupka redovna pretpostavka kontinentalnog prava, mnoge države su kao mjeru podsticaja za podnošenje derivativnih tužbi izrazile tendenciju ka smanjenju kapital cenzusa, pa čak i njegovom potpunom ukidanju.

2.5. Princip fer i adekvatnog zastupanja interesa ostalih akcionara

Princip fer i adekvatnog zastupanja interesa ostalih akcionara, kao preduslov za vođenje derivativnog postupka, rođena je u anglosaksonskom pravnom sistemu i razvijana je po konturama ideje da član društva – predstavnik u postupku po kolektivnoj tužbi mora biti adekvatni reprezent interesa svih drugih članova koji se sa njim nalaze u istoj pravnoj situaciji kada je riječ o konkretnom postupku.

Suštinski, da bi, pozivajući se na ovaj uslov, diskvalifikovao tužioca, tuženi mora dokazati postojanje snažnog konflikta interesa koji je nastao kao rezultat dejstva jednog ili niza faktora, tj. postojanja jedne ili niza okolnosti, a uslijed kojeg se od tužioca ne može očekivati da će tokom postupka adekvatno zastupati interese ostalih akcionara, jer bi na taj način povrijedio sopstvene.

³⁵³ Jedini izuzetak od ovog pravila kontinuiranog posjedovanja akcija tužioca tokom spora je dozvoljenost dvostruke ili višestruke (trostruke ili četvorostruke) derivativne tužbe kod povezanih društava putem kapitala (akcionar matičnog društva može podići derivativnu tužbu protiv lica koja imaju dužnosti koje su povrijedili i nanijeli štetu zavisnom društvu i obrnuto). M., Vasiljević, op. cit., str. 92.

Ono što odmah treba naglasiti, jeste da nije svaki konflikt interesa dovoljan da bi rezultirao diskvalifikacijom tužioca, naprotiv, samo značajan, te u konkretnom slučaju očigledno nepremostiv konflikt interesa, dovoljan je uslov u tom pogledu.³⁵⁴ Kao neki od najčešće navođenih osnova za diskvalifikaciju su:

- Postojanje ekonomskog antagonizma između člana društva - tužioca i ostalih članova;
- Indikacije da imenovani tužilac nije glavni pokretač postupka;
- Istovremeno odvijanje drugog parničnog postupka između tužioca i tuženih;
- Stepenn podrške koju tužiocu pružaju ostali članovi društva;
- Tužiočevo nepoznavanje navoda iz same tužbe i odsustvo želje da se sa njima upozna;
- Stepenn kontrole koji advokati imaju nad tužiocem po pitanjima vezanim za postupak.³⁵⁵

Kada je primjena ovih okolnosti u pitanju nema jedinstvenih pravila. Tako nije rijedak slučaj da se postojanje jedne od nabrojanih okolnosti navede kao dovoljan osnov diskvalifikacije tužioca u jednom slučaju, dok se u drugom čak ni postojanje kombinacije više nabrojanih okolnosti ne tretira kao eliminacioni osnov. Kao jedna od najinteresantnijih situacija u kojoj se pitanje ispunjenosti uslova fer i adekvatnog predstavljanja interesa ostalih akcionara može postaviti jeste kada se odbacivanje tužbe traži na osnovu navoda da se u konkretnom slučaju radi o tzv. "profesionalnom tužiocu". Ipak okolnost da je eventualni tužilac lice koje se profesionalno bavi pokretanjem sporova na osnovu derivativne tužbe i postizanjem nagodbi u tim sporovima iz opravdanih razloga nije uvrštena u gore naznačene okolnosti, na koje se sudovi najčešće pozivaju pri primjeni uslova fer i adekvatnog predstavljanja interesa ostalih akcionara. Naime, američki sudovi prethodno iskustvo u sličnim postupcima redovno tretiraju kao prednost, pri tome polazeći od pretpostavke da će, zahvaljujući prethodnom iskustvu, takvi tužioci bolje štititi sopstvene i interese drugih akcionara, nego tužioci koji se prvi put susrijeću sa postupkom po derivativnoj tužbi. Ipak, ovo nije jednoglasan stav budući da u praksi ima i drugačijih stanovišta, po kojima jedanput ustanovljen status "profesionalnog tužioca" tretira kao diskvalifikujuća okolnost.³⁵⁶

³⁵⁴ V., Savković, op. cit., str. 79.

³⁵⁵ *ibid.*

³⁵⁶ V., Savković, op. cit., str. 80-81.

2.6. Pitanje dostupnosti poslovnih knjiga i dokumenata društva potencijalnim tužiocima u cilju obezbjeđenja dokaza

Konačno, ne spada u procesnu pretpostavku formalne prirode, ali svakako spada u faktičku pretpostavku, pitanje dostupnosti članovima društva (potencijalnim tužiocima) poslovnih knjiga i dokumenata društva, kako bi se u pokrenutom postupku protiv lica koja su subjekti dužnosti prema društvu, uspjelo sa odgovarajućim dokazima povrede dužnosti koje su prouzrokovale štetu društvu (i njegovim članovima posredno). U ovom pogledu korporativno zakonodavstvo i praksa privrednih sudova države Delaver u SAD pružaju najšira prava potencijalnih tužilaca na inspekciju (i kopiranje) poslovnih knjiga i zapisnika (za ostvarivanje tog prava dovoljna je sumnja u povredu takvih dužnosti i postojanje mogućnosti podnošenja derivativne tužbe).

Čini se da je u ovom pogledu i koncept srpskog ZPD dosta liberalan i da ne predviđa posebna ograničenja (koja bi u nekom smislu opšteg interesa tog društva možda i bila potrebna³⁵⁷) izuzev onih koji se odnose na uobičajenu identifikaciju člana društva i zabranu objavljivanja akata i dokumenata društva na način kojim bi se nanijela šteta društvu ili njegovom ugledu.³⁵⁸

ZPD obavezuje odbor direktora (odnosno izvršni odbor ako je upravljanje društvom dvodomno) da stavi na raspolaganje svakom akcionaru, kao i ranijem akcionaru za period u kojem je bio akcionar, na njegov pisani zahtjev radi vršenja uvida i kopiranja o svom trošku: osnivački akt, rješenje o registraciji osnivanja, statut i sve njegove izmjene i dopune, opšte akte društva, zapisnike sa sjednica i odluke skupštine, akt o obrazovanju svakog ogranka ili drugog organizacionog dijela društva, dokumente koji dokazuju svojinu i druga imovinska prava društva, zapisnike sa sjednica odbora direktora, izvršnog i nadzornog odbora, godišnje izvještaje o poslovanju društva i

³⁵⁷ Interesantno je da se u nekim državama SAD traži i uslov "čistih ruku" tužioca jer derivativna tužba - tužba pravičnosti, pri čemu se priznaje da se to uglavnom kod javnih društava sa velikim brojem akcionara i nikad ne postavlja kao pitanje, dok je to uglavnom prisutno kod privatnih akcionarskih društava sa malim brojem brojem akcionara, pri čemu sudovi najčešće odbacuju tužbu akcionara koji je stekao akcije od tuženog ili koji je pomagač u radnji nanošenja štete društvu od strane lica koja su povredila korporacijske dužnosti (doktrina "čistih ruku"). M. Vasiljević, op. cit., str. 94.

³⁵⁸ član 467., ZPD.

konsolidovane godišnje izvještaje, evidenciju o adresama direktora, ugovore koje su direktori i članovi nadzornog odbora zaključili sa društvom, kao i finansijske izveštaje društva.³⁵⁹

Ovo pravo na pristup aktima i dokumentima društva je u srpskom pravu dodatno obezbijedeno sudskom zaštitom, tj. mogućnošću akcionara da pokrene vanparnični postupak u kojem će sud naložiti društvu da postupi po njegovom zahtevu, u slučaju da po istom nije postupljeno u roku od 8 dana od podnošenja.³⁶⁰ Takav postupak je hitan i sud je dužan da odluku po zahtjevu donese u roku od 8 dana od dana njegovog prijema.

Ovdje treba ukazati na dva bitna problema. Naime, shodno postojećem rješenju, treba zapaziti okolnost da ne postoji dužnost da se akcionarima omogući uvid i kopiranje dokumentacije kao što su ugovori sa trećim licima, fakture i slično, što u velikoj mjeri dovodi u pitanje mogućnost sveobuhvatnog uvida i prikupljanja dokumentacije koja je potrebna za podnošenje tužbe. Budući da ugovori sa trećim licima u nekim situacijama mogu biti jedini izvor informacija o povredi dužnosti odgovornih lica, evidentna je potreba da se postojeće zakonsko rješenje dopuni i pravom pristupa svim ugovorima koje društvo zaključi sa trećim licima.

Pored ovog, član društva koji nastoji iskoristiti svoje pravo na pristup aktima i dokumentima društva u obavezi je da u zahtjevu za pristup dokumentima navede tačnu svrhu zbog koje podnosi zahtjev, a koja ga ograničava u upotrebi pribavljene dokumentacije samo u okvirima svrhe koju je naveo.³⁶¹ Ovo otkrivanje razloga za podnošenje zahtjeva za pristup aktima i dokumentima društva daje priliku licima koja su prekršila posebne dužnosti koje imaju prema društvu da manipulišu sa potencijalnim dokazima u postupku ili da na drugi način utiču na odluku članova o podnošenju tužbe. Iz tog razloga pravac, u kojem bi povodom prava na pristup aktima i dokumentima društva, trebalo razmatrati jeste da li su članovi društva u obavezi da u svom zahtjevu za pristup dokumentima društva navedu da je zahtjev podnjet za potrebe podnošenja derivativne tužbe ili uopšte sudskog postupka protiv određenih lica unutar društva. Isto tako, nekada se može dogoditi,

³⁵⁹ član 464., 465., ibid.

³⁶⁰ član 466., ibid.

³⁶¹ član 81., ibid.

da iako je dokumentacija inicijalno zahtijevana iz drugog razloga, nakon analize dokumentacije može se uočiti postojanje osnova za podnošenje derivativne tužbe. U tom pogledu, postoji opravdan razlog da se u zakonu propiše izuzetak od pravila da se pribavljena dokumentacija može upotrebiti samo za svrhu koja je navedena u zahtjevu, te da izuzetak bude postavljen na način da se pribavljena dokumentacija može upotrebiti i u postupku po derivativnoj tužbi, bez obzira na svrhu pribavljanja dokumentacije koja je navedena u zahtjevu.³⁶²

2.7. Obezbjedenje troškova od strane tužioca

Obezbjedenje troškova od strane tužioca kao procesno pravna pretpostavka proizvod je kompanijskog zakonodavstva SAD-a. U pitanju je mogućnost da društvo i tužena strana u postupku, mogu zahtijevati od nadležnog suda da tužioca obaveže na polaganje izvjesne sume novca ili pružanje nekog drugog vida obezbjeđenja predvidljivih i razumnih parničnih troškova protivne stranke. Ovaj zahtjev se može podnijeti u bilo kojoj fazi postupka.³⁶³ Interesantno je da je ovo rješenje kreirano u ambijentu anglosaksonskog prava gdje važi princip da svaka stranka snosi svoje troškove, ali njegov pravni osnov leži u činjenici da u postupku po derivativnoj tužbi troškove snosi stranka koja izgubi spor, što predstavlja izuzetak od uobičajnog pravila.

Ipak, korporativnim zakonima regulisan je i krug situacija u kojima se zahtjev za obezbjeđenje troškova postupka može odobriti. Tako, na primjer, u državi Njujork akcionar ili akcionari koji posjeduju akcije koje čine preko 5% osnovnog kapitala društva ili tržišne vrijednosti iznad 50 000 dolara, ne mogu biti obavezani na polaganje obezbjeđenja sudskih troškova. Slično rješenje prisutno je i u korporativnim zakonima ostalih država kojima postoji mogućnost nametanja obaveze obezbjeđenja troškova. U tom pogledu, izuzetak predstavljaju države Nevada, Sjeverna Karolina i Teksas, u kojima je određivanje pomenutog minimuma materijalnog interesa pitanje sudske diskrecije. Imajući u vidu naznačena rješenja, akcionari-tužioci redovno, a u cilju

³⁶² J., Veličković, op.cit., str. 334.

³⁶³ V., Savković, op. cit., str. 78.

izbjegavanja obaveze obezbjeđenja troškova tuženih, pribjegavaju traženju intervencije ostalih akcionara ili kupovini "nedostajućeg" broja akcija.³⁶⁴

3. Pasivna stranačka legitimacija

Povodom pitanja ko može biti tuženi u postupku pokrenutom po derivativnoj tužbi, pravna teorija i praksa nemaju većih dilema, budući da se krug tuženih neposredno i taksativno zakonski utvrđuje u pravnim sistemima većine država koje poznaju ovaj institut. Imajući u vidu navedeno, pravna teorija gotovo i da se ne bavi pojmom tuženog kod derivativne tužbe, jer se *a priori* polazi od premise da su to uvijek direktori društva, a u zavisnosti od konkretnog slučaja krugu tuženih kod derivativne tužbe se mogu priključiti i druga lica.³⁶⁵

ZPD ne odstupa od ove prakse većine jurisdikcija u svijetu i precizno određuje ko može biti tuženi u derivativnom postupku. Pasivno legitimisana lica, tj. tuženi u derivativnoj tužbi su:

- 1) u slučaju povrede posebnih dužnosti - lica koja imaju posebne dužnosti prema privrednom društvu (dužnost pažnje, dužnost prijavljivanja poslova i radnji u kojima postoji lični interes, dužnost izbjegavanja sukoba interesa, dužnost čuvanja poslovne tajne i poštovanje zabrane konkrecije): članovi društva sa ograničenom odgovornošću koji posjeduju značajno učešće u osnovnom kapitalu društva i član društva koji je kontrolni član; akcionari koji posjeduju značajno učešće u osnovnom kapitalu društva i kontrolni akcionar; direktori, članovi nadzornog odbora, zastupnici i prokuristi; likvidacioni upravnik, pri čemu je ostavljena mogućnost da se osnivačkim aktom ili statutom društva krug tih lica proširi;
- 2) u slučaju povrede pravila o ograničenjima plaćanja – član društva kojem je izvršeno plaćanje; članovi društva koji su odobrili nedopuštene isplate putem glasanja na skupštini, direktori, odnosno članovi nadzornog odbora ako je upravljanje društvom dvodomno, koji su ta plaćanja odobrili i koji su znali ili su, prema okolnostima slučaja mogli znati, da su ta plaćanja

³⁶⁴ V. Savković, op. cit., str. 78-9.

³⁶⁵ J. Veličković, op. cit., str. 265.

u suprotnosti sa odredbama zakona o ograničenjima plaćanja, kao i drugi direktori, odnosno članovi nadzornog odbora i članovi društva, za koje se dokaže da su namjerno ili grubom nepažnjom doprinijeli da društvo izvrši nedopušteno plaćanje zastarijeva u roku od pet godina od dana izvršene isplate.

- 3) u slučaju isključenja člana društva sa ograničenom odgovornošću odlukom suda - član društva koji namjerno ili grubom nepažnjom prouzrokuje štetu društvu; ne izvršava posebne dužnosti prema društvu propisane zakonom ili osnivačkim aktom; svojim radnjama ili propuštanjem, protivno osnivačkom aktu, zakonu ili dobrim poslovnim običajima, sprječava ili u značajnoj meri otežava poslovanje društva, kao i kod kojeg postoji osnov za isključenje određen osnivačkim aktom ili drugim opravdanim razlozima.

Dakle, krug lica protiv kojih se može podnijeti derivativna tužba zavisi od osnova za podnošenje. Takođe, u slučaju povrede posebnih dužnosti, taj krug lica je različito definisan u zavisnosti od vrste dužnosti koja je povrijeđena u konkretnom slučaju. Kada je u pitanju tužba za naknadu štete koja je društvu prouzrokovana povredom dužnosti pažnje, pasivnu legitimaciju imaju samo direktori, članovi nadzornog odbora, zastupnici, prokuristi i likvidacioni upravnik, dok se ona ne može podnijeti protiv akcionara koji posjeduju značajno učešće u osnovnom kapitalu društva, kontrolnog akcionara, kao niti protiv članova društva sa ograničenom odgovornošću ili kontrolnog člana društva. Kada su u pitanju: tužba za naknadu štete i poništaj pravnog posla, odnosno radnje, zbog povrede pravila o odobravanju poslova u kojima postoji lični interes; tužba za naknadu štete i prenos na društvo koristi ostvarene kao posljedicu povrede dužnosti izbjegavanja sukoba interesa; tužba za naknadu štete i isključenje člana društva usled povrede dužnosti čuvanja poslovne tajne, pasivna legitimacija je šire određena i odnosi se na sve subjekte posebnih dužnosti: članove društva sa ograničenom odgovornošću koji posjeduju značajno učešće u osnovnom kapitalu društva, kontrolnog člana društva sa ograničenom odgovornošću, akcionare koji posjeduju značajno učešće u osnovnom kapitalu društva i kontrolnog akcionara, direktore, članove nadzornog odbora, zastupnike, prokuriste, kao i likvidacionog upravnika, pri čemu je ostavljena mogućnost da se osnivačkim aktom ili statutom društva pasivna legitimacija dodatno proširi i na druga lica. Sa druge strane, u slučaju tužbe za naknadu štete, isključenje člana društva ili prenosa na društvo koristi koja je ostvarena kao posljedicu povrede pravila o zabrani konkurencije, pasivna

legitimacija je uže određena, budući da ne obuhvata likvidacionog upravnika. To je i logički opravdano, budući da likvidacija predstavlja način prestanka društva, te svojstvo likvidacionog upravnika u konkurentskom društvu ne može imati za posljedicu dugoročan sukob interesa.

3.1. Članovi društva koji posjeduju značajno učešće u osnovnom kapitalu društva i kontrolni član kao pasivno legitimisani u derivativnom postupku

Iskustvo i brojni primjeri pokazuju da većinski (kontrolni) članovi mogu biti skloni zloupotrebi svoje dominantne pozicije u društvu, u vidu donošenja odluka koje bi rezultirale negativnim posljedicama po društvo i interese manjinskih članova. Takve odluke mogu biti raznovrsne, na primjer: sprječavanje manjinskih akcionara da izaberu svog predstavnika u organe društva, zabrana isplate dividendi, imenovanje nekog od većinskih akcionara i lica povezanih sa njim na visoke položaje u društvu uz isplatu velikih naknada, odobravanje raznih pogodnosti i privilegija za većinske članove, a na teret društva, kao i korišćenje kapaciteta društva za lične potrebe većinskih članova.

Sve ovo inicira potrebu za regulisanjem odnosa između većinskih i manjinskih članova, odnosno primjenu različitih mjera u cilju zaštite interesa manjine po kapitalu, što se prevashodno postiže imperativnim zakonskim odredbama.³⁶⁶ Pri tom je potrebno posebno ukazati da u odnosu na posebne dužnosti prema društvu potrebno je ukazati da ne mogu svi članovi društva biti tuženi derivativnom tužbom, već samo članovi društva koji imaju posebne dužnosti prema društvu, a to su u slučaju društva kapitala, članovi društva sa ograničenom odgovornošću i akcionari koji imaju značajno kapital učešće u društvu ili status kontrolnog akcionara/člana društva. Značajno učešće u osnovnom kapitalu društva podrazumijeva da jedno ili više lica djelujući zajedno (zajednički utičući na poslovanje društvom upotrebom svog kapital učešća), posjeduju više od 25% akcija sa pravom glasa³⁶⁷, dok status kontrolnog akcionara pripada licu koje samostalno ili sa povezanim

³⁶⁶ S., Knežević, *Organi akcionarskog društva*, Novi Sad, 2016, str. 156.

³⁶⁷ član 61., ZPD.

licima posjeduje više od 50% prava glasa u društvu, odnosno, većinsko učešće u osnovnom kapitalu³⁶⁸ društva što mu omogućava ostvarivanje kontrole u upravljanju akcionarskim društvom. Ovdje je bitno napomenuti da u odnosu na posebne dužnosti prema društvu, članovi društva ne mogu biti tuženi putem derivativne tužbe zbog povrede dužnosti pažnje, jer je dužnost pažnje isključena u odnosu na sve članove društva (osim ukoliko imaju status direktora ili zastupnika društva). Sa druge strane, kada je riječ o povredi pravila o ograničenjima plaćanja, tuženi putem derivativne tužbe mogu biti samo akcionari koji su primili nedozvoljenu uplatu od društva, nezavisno od konkretnog položaja koji imaju u društvu. ³⁶⁹

3.2. Procesna legitimacija direktora u derivativnom postupku

Već je bilo riječi o tome da u akcionarskim društvima, usled razdvajanja funkcije vlasništva od upravljanja, ovlašćenja imaju organi, a ne akcionari kao vlasnici (iako je organ u kojem se svakako pojavljuju skupština društva). Organi upravljanja akcionarskog društva su u pravnim sistemima većine zemalja u svijetu organizovani na dva osnovna načina – jednodomnom i dvodomnom, čiji je razvoj bio uslovljen konkretnim društvenim i istorijskim prilikama.

Jednodomni (monistički) sistem (*single board system, one-tier system*) je karakterističan za anglosaksonsko pravo i kao takav je nastao u pravu SAD-a i Engleske, ali ga prihvataju i druge zemlje kao što su Švajcarska, Italija i alternativno Francuska. Takođe, i Japan ima jednodomni model uprave, ali sa prisutnim karakteristikama njemačkog dvodomnog modela.³⁷⁰ On je svojstven akcionarstvu visokog stepena disperzije i karakteriše uređenje organa društva tako da nema stroge podjele vođenja poslova od nadzora nad tim poslovima, već se lica koja vode poslove i lica koja vrše nadzor nad tim poslovima sjedinjena u istom organu. U ovom sistemu razlikujemo skupštinu u kojoj se nalaze članovi društva i upravu (*board of directors*), koju postavlja skupština sa zadatkom da upravlja poslovima društva i sprovodi nadzor nad njima. Kako se u upravi nalaze lica

³⁶⁸ član 62., ibid.

³⁶⁹ J., Veličković, op. cit., str. 265.

³⁷⁰ S., Knežević, op. cit. str. 261.

koja vode poslove (*managing, executive* u Engleskoj, odnosno *full-time directors* u SAD-u) i lica koja nadziru vođenje poslova društva (*ordinary, non-executive directors* u Engleskoj, odnosno u SAD-u *part-time directors*), u ovom organu dolazi do funkcionalnog razdvajanja ovih lica, te se funkcija upravnog odbora u monističkom uređenju djelimično ostvaruje na kolektivnoj osnovi, a djelimično na inokosnoj osnovi (izvršne funkcije). Članovi upravnog odbora u jednodomnom sistemu (sa raznim specifičnim varijacijama) mogu biti lica koja su stalno zaposlena u društvu ili lica koja nisu zaposlena u društvu, dok se nadzor nad njihovim radom sprovodi, kako od strane određenih članova upravnog odbora, tako i putem nezavisnog spoljnjeg revizora i internog revizora.³⁷¹

Dvodomni (dualistički) sistem upravljanja (*dual board system, two-tier system*) se takođe razvio u odgovarajućim ekonomsko-istorijskim uslovima. Prije svega, radi se o dominaciji banaka u upravljanju akcionarskim društvima, koncentraciji akcionarskog kapitala, relativno nerazvijenom tržištu kapitala uloga, slučajevima neprijateljskog preuzimanja, kao i marginalizaciji uloge manjinskih akcionara. Ovaj sistem izvorno je nastao u Njemačkoj, a prihvatila ga je i Austrija i Italija, kao i francusko, hrvatsko, makedonsko i slovenačko pravo, ali kao alternativu. Kod ovog sistema vođenje poslova i nadzor nad vođenjem tih poslova su strogo podijeljeni i povjereni su različitim organima koji su međusobno potpuno separatisani, pa ista lica ne mogu biti članovi oba organa. Dakle, kod dvodomnog sistema razlikujemo sledeće organe: skupštinu, nadzorni odbor i upravni odbor. Skupština ne vrši direktni nadzor nad radom uprave nego to čini preko nadzornog odbora, čije članove sama postavlja, dok članovi nadzornog biraju članove upravnog odbora. Nadzorni odbor nadzire poslovanje akcionarskog društva i zastupa društvo prema upravi, a može imati i neka druga ovlašćenja, ali nikada ne može imati ovlašćenja da vodi poslove akcionarskog društva.³⁷²

Na osnovu navedenog proizilazi da “direktor” kao pravni pojam nije jednoznačno određen, već da postoje različite kategorije direktora koji imaju različit pravni položaj i sledstveno tome različita prava i obaveze u društvu.

³⁷¹ *ibid*, str. 162.

³⁷² *ibid*.

Pored navedenog, ZPD poznaje i pojam nezavisnog direktora, kao i pojmove generalnog direktora i predsjednika odbora direktora.³⁷³ U osnovi sve vrste direktora se mogu podeliti u dvije grupe - prvu koju čine izvršni direktori koji su zaduženi za vođenje svakodnevnog poslovanja društva i koji po zakonu imaju položaj zakonskog zastupnika društva i drugu grupu - koju čine neizvršni i nezavisni direktori čija je osnova funkcija kontrola rada izvršnih direktora.³⁷⁴ Upravo zbog postojanja različitih vrsta direktora kod akcionarskih društva u literaturi se već duže vreme raspravlja o tome da li direktori koji su zaduženi samo za kontrolu poslovanja društva treba da budu izloženi derivativnoj tužbi na isti način, kao i izvršni direktori koji jedini donose odluke u ime društva, po kojem osnovu imaju veća ovlašćenja. Iako se ne može osporiti legitimitet ove rasprave, kada je u pitanju srpsko pravo nema osnova da se odgovornost direktora razlikuje u odnosu na sadržinu funkcije koja se obavlja u društvu, ali svakako priroda funkcije i krug poslova koje potencijalni tuženi obavlja u društvu bi trebalo da imaju uticaja prilikom utvrđivanja postojanja krivice kao uslova odgovornosti prema društvu.³⁷⁵

3.3. Promjene u odgovornosti direktora u uporednopravnoj regulativi

Ograničenja fiducijarnih dužnosti direktora su u stvari bila propisana u velikoj većini država od 1980-ih. Većina njih je slijedila primjer države Delaver koji dozvoljava kompanijama da amandmanom ugovora ograniče ili eliminišu odgovornost direktora u pogledu dužnosti pažnje izuzev za namjerne povrede službene dužnosti ili za svjesno kršenje zakona.³⁷⁶ U uporednopravnoj regulativi zapaža se još jedan pristup, koji je bio usvojen od strane države Virdžinije i odobren od strane Američkog pravnog instituta. Taj pristup ne ukida u potpunosti odgovornost direktora zbog povrede dužnosti pažnje, već je ograničava na više od 100,000 dolara ili pojedinačnu novčanu

³⁷³ Generalni direktor se u oba modela uprave bira iz reda izvršnih direktora ovlašćenih za zastupanje. Predsjednik odbora direktora može biti kako izvršni, tako i neizvršni direktor (osim kod javnih akcionarskih društava kada to mora biti neizvršni direktor).; član 389., 392., 400., ZPD.; J., Veličković, op. cit., str. 261.

³⁷⁴ V., Radović: Put ka nezavisnom upravnom odboru, *Pravni život*, br. 12/2008, 2008., str. 72.

³⁷⁵ *ibid.*, str. 262.

³⁷⁶ R., Romano, Quack Corporate Governance, *Regulation*, br. 4, 2005, str. 40.

nadoknadu primljenu od korporacije tokom prethodne godine.³⁷⁷ Ovaj drugi pristup čini se da je naročito pogodan za rešavanje problema vezanih za ucjenjivačku tužbu akcionara jer se direktno odnosi na problem proporcionalnosti, to jest, na činjenicu da su članovi odbora, a naročito eksterni direktori, izloženi prijetnji velike lične odgovornosti koja može biti potpuno neproporcionalna finansijskim koristima koje proizilaze iz njihovih položaja u odboru.³⁷⁸ Izgleda da je naročito ovaj rizik ključni motivacioni faktor koji ih vodi ka prihvatanju poravnjanja sa tužiocima i njihovim advokatima u derivativnim postupcima, čak i u situacijama kada su jači argumenti na njihovoj strani.

Upravo se iz tog razloga bi ograničenje odgovornosti pojedinačnih direktora na gore opisani način čini kao vrlo dobro rješenje. Tim ograničenjem trebalo bi da se ukinu podsticaji obje strane koji na kraju vode do situacije gde nagodbe nisu povezane sa osnovanostima. Smanjenjem dispariteta između potencijalne odgovornosti direktora i ekonomskih koristi koje proizilaze iz njihovog položaja, ova reforma trebalo bi da umanja nedostatak motivacije da se angažuju u riskantnim poslovnim poduhvatima, kao i njihovu želju i spremnost da se prerano nagode. Isto tako, ovo rješenje pokazuje tendenciju da umanja podsticaje advokatima za podnošenje neutemeljenih tužbi isključivo radi vrijednosti nagodbe. Međutim, kako glavna funkcija fiducijarnih dužnosti bi bila osujećena, Američki pravni institut je dao preporuku da, izuzev ovog izuzetka, preostali rizik od odgovornosti direktora ne bi trebalo otklanjati.³⁷⁹

³⁷⁷ Prema formulaciji Američkog pravnog instituta, odgovornost direktora može biti ograničena amandmanom na osnovu klauzule "na iznos ne manji od godišnje nadoknade korporacije". *Principles of Corporate Governance*, American Law Institute, 1989.

³⁷⁸ R., Romano, op. cit., str. 42.

³⁷⁹ T. O., Brandi: The Strike Suit: A Common Problem of the Derivative Suit and the Shareholder Class Action, *Dickson Law Review*, br. 98, 1994., str. 355.

3.4. Potreba za proširenjem kruga lica protiv kojih se može podnijeti derivativna tužba

Već je bilo riječi o tome da se prema postojećem rješenju ZPD nastoji pružiti što veći obim zaštite manjine po kapitalu i društvu u pitanju, te je jedno od sredstava za kojim je posegnuto u ovom slučaju propisivanje mogućnosti za procesnu legitimaciju širokom krugu lica, konkretnije, širenjem subjektivnog domena derivativne tužbe. Naime, kao lica sa posebnim dužnostima prema društvu (koji mogu biti tuženi u derivativnom postupku) određeni su pored direktora kao organa uprave, kontrolni akcionar i akcionari sa značajnim učešćem u kapitalu društva, ali i likvidacioni upravnik, članovi nadzornog odbora, zastupnici i prokuristi društva, uz ostavljanje mogućnosti da se osnivačkim aktom ili statutom društva krug tih lica dodatno proširi.

Iz toga proizilazi da se srpski zakonodavac pošao od potrebe za proširenjem kruga lica koji mogu biti obuhvaćena procesnom legitimacijom i na njenoj pasivnoj strani osim članova uprave, postavio sva lica koja imaju ovlašćenje da preduzimaju bilo kakve radnje u ime i za račun društva. Pored ovog proširenja, u okolnostima kada u preduzimanju štetnih radnji učestvuju i treća lica, koja potiču izvan pravne sfere privrednog društva, radi postizanja željenog pravnog dejstva derivativne tužbe (u smislu otklanjanja štetne posledice po društvo) subjektivni domen primjene derivativne tužbe je neophodno proširiti³⁸⁰ i na takva lica, iako ona u redovnom toku stvari nemaju obavezu da postupaju u interesu društva, ali se na osnovu postojanja njihovog učešća u pravnim radnjama kojim se društvu nanosi šteta ukazuje legitimna potreba njihovog uvođenja u krug pasivno legitimisanih lica u derivativnom postupku.

ZPD je prepoznao ovu potrebu, te je propisao da u slučaju povrede dužnosti prijavljivanja poslova i radnji u kojima postoji lični interes tuženi u postupku po derivativnoj tužbi može biti i treće lice, koje je znalo ili moralo znati za postojanje ličnog interesa u vreme zaključenja pravnog posla, odnosno preduzimanja pravne radnje, kao i povezano lice koje je bilo ugovorna strana u tom poslu, ili je prema njemu preduzeta pravna radnja.³⁸¹ Pod pojmom povezanog lica u odnosu na određeno fizičko lice smatra se: 1) krvni srodnik u pravoj liniji, krvni srodnik u pobočnoj liniji zaključno sa

³⁸⁰ J., Veličković, op. cit., str. 265.

³⁸¹ član 67., ZPD.

trećim stepenom srodstva, supružnik i vanbračni partner ovih lica; 2) supružnik i vanbračni partner i njihovi krvni srodnici zaključno sa prvim stepenom srodstva; 3) usvojilac ili usvojenik, kao i potomci usvojenika; 4) druga lica koja sa tim licem žive u zajedničkom domaćinstvu. Povezanim licem u odnosu na određeno pravno lice smatra se: 1) pravno lice u kojem to pravno lice poseduje značajno učešće u kapitalu, ili pravo da takvo učešće stekne iz konvertibilnih obveznica, varanata, opcija i slično; 2) pravno lice u kojem je to pravno lice kontrolni član društva (kontrolisano društvo); 3) pravno lice koje je zajedno sa tim pravnim licem pod kontrolom trećeg lica; 4) lice koje u tom pravnom licu poseduje značajno učešće u kapitalu, ili pravo da takvo učešće stekne iz konvertibilnih obveznica, varanata, opcija i slično; 5) lice koje je kontrolni član tog pravnog lica; 6) lice koje je direktor, odnosno član organa upravljanja ili nadzora tog pravnog lica. ZPD određuje pojam kontrole kao pravo ili mogućnost jednog lica da samostalno ili sa drugim licima koja sa njim zajednički djeluju, da vrši kontrolni uticaj na poslovanje drugog lica putem učešća u osnovnom kapitalu, ugovora ili prava na imenovanje većine direktora, odnosno članova nadzornog odbora, dok se pod zajedničkim djelovanjem podrazumijeva situacija kada dva ili više lica, na osnovu međusobnog izričitog ili prećutnog sporazuma, koriste glasačka prava u određenom licu ili preduzimaju druge radnje u cilju vršenja zajedničkog uticaja na upravljanje ili poslovanje tog lica.³⁸²

3.5. Procesna legitimacija članova nadzornog odbora

Članovi nadzornog odbora se mogu pojaviti kao pasivno legitimisana lica u postupku pokrenutom po derivativnoj tužbi, samo u dvodomnoj organizaciji upravljanja društvom kapitala. Članovi nadzornog odbora, iako nesumnjivo čine dio organa upravljanja društva, po ZPD-u ne spadaju u pojam direktora društva, čime je zakonodavac naglasio posebnu ulogu koju članovi nadzornog odbora imaju u sistemu upravljanja društvom. Ovakvo rješenje nije usamljen slučaj u

³⁸² čl. 65., ZPD.

uporednopravnoj regulativi budući da i u američkoj praksi tužbe protiv neizvršnih direktora uglavnom imaju formu derivativne tužbe.³⁸³

3.6. Procesna legitimacija zastupnika i prokurista

Jedini mehanizam na koji privredno društvo može preuzimati prava i obaveze u pravnom prometu i na druge načine izraziti svoju pravnorelevantu volju je putem ustanove zastupništva.

Funkcija zastupnika je da, djelujući u okviru zakonom ili statutom predviđenih ograničenja, preduzima pravne poslove u ime i za račun privrednog društva, pri čemu sva prava i obaveze na osnovu tako zaključenih poslova pripadaju društvu. ZPD u čl. 31 određuje da društvo mora imati najmanje jednog zakonskog zastupnika koji je fizičko lice, praveći distinkciju između zakonskih, odnosno, statutarnih zastupnika i ostalih zastupnika.

Dok se zakonski (statutarni) zastupnici određuju za svaku formu društva pojedinačno, pod pojmom “ostali zastupnici” zakon određuje lica koja su aktom ili odlukom nadležnog³⁸⁴ organa društva ovlašćena da zastupaju društvo i kao takva registrovana u skladu sa zakonom o registraciji.

Takođe, ZPD-om je uvedena i pravna fikcija o postojanju ovlašćenja u situaciji kada jedno lice postupa kao zastupnik na način kojim treća lica dovodi u uvjerenje da ima pravo na zastupanje. U slučaju da društvo u kontinuitetu prihvata takvo postupanje, smatraće se da je društvo konkludentno to lice ovlastilo na zastupanje, osim ako društvo ne dokaže da je treće lice znalo ili moralo znati za nepostojanje ovlašćenja za zastupanje tog lica. Mora se primijetiti da je ova fikcija vrlo neprecizno formulisana (iako je evidentno da se njena intecija ogleda u pravnoj zaštiti trećih savjesnih lica, što obezbjeđuje legitimitet njenom uvođenju u zakon), budući da nije određen vremenski period koji bi bio dovoljan da se se smatra da društvo prihvata takvo postupanje lica

³⁸³ B. Black, B. Cheffins, M. Klausner: *Outside Director Liability*, Detroit, 2006, str. 66.; J. Veličković, op.cit., str. 262.

³⁸⁴ član 32., ZPD.

koje nema svojstvo zastupnika (već se pribjeglo maglovitoj formulaciji “u kontinuitetu”) kao što je izostavljeno određenje šta se sve podrazumijeva pod “prihvatanjem” takvog postupanja.

Navođenje zakonskih zastupnika društva u krug onih protiv kojih se može podnijeti derivativna tužba ne dovodi do proširivanja subjektivnog domena njene primjene, jer zakonski zastupnici društava kapitala imaju status direktora, koji su prethodno već navedeni kao lica koja imaju posebne dužnosti prema društvu. Naime, u slučaju akcionarskih društava postoje vrste direktora koji nemaju status zastupnika društva (neizvršni i nezavisni direktori). Takođe, u odnosu na pojam zastupnika društva, postoje vrste zastupnika koji nemaju položaj direktora društva. Na prvom mestu, to su zakonski zastupnici društava lica, koji uvek dolaze iz reda članova društva, a zatim ostali zastupnici i punomoćnici po zaposlenju. Na taj način se zaključuje da je zakonodavac posebnim navođenjem direktora i zastupnika društva imao namjeru da u krug pasivno legitimisanih lica uključi sve navedene kategorije subjekata. Sistematskim tumačenjem odredbi ZPD zaključuje se da je intencija zakonodavaca bila da uspostavi širi krug pasivno legitimisanih lica u odnosu na posebne dužnosti prema društvu, a samim tim i derivativnu tužbu, jer su kao lica koja imaju posebne dužnosti prema društvu izričito navedeni i direktori društva i zastupnici društva, što ne bi bio slučaj da se zakonodavac opredijelio za samo jedan od dva navedena termina, koji se u najvećem broju slučajeva shvataju kao sinonimi.³⁸⁵

Pored zastupnika, zakon kao potencijalno pasivno procesno legitimisana lica u derivativnom postupku navodi i prokuristu³⁸⁶ društva, kao lice koje u ime i za račun društva zaključuje pravne poslove i preduzima druge radnje. Ustanova prokure podrazumijeva posebnu vrstu poslovnog ovlašćenja koja se može dati jednom ili više fizičkih lica koji je ne mogu ustupiti drugom licu. Svrstavanje prokuriste u krug pasivno legitimisanih lica je logično analogno tretmanu zastupnika društva i samo još jedan izraz tendencije zakonodavca da se personalni domen primjene derivativne tužbe proširi na što veći krug lica u cilju sveobuhvatne zaštite društva i njegovih akcionara.

³⁸⁵ *ibid*, str. 726.

³⁸⁶ član 35, ZPD.

4. Rokovi derivativnih tužbi

U aktuelnom rješenju ZPD-a evidentan je propust zakonodavca da pitanje roka za podnošenje derivativne tužbe uredi na neposredan i jedinstven način.

Ipak ne može se govoriti o postojanju pravne praznine budući da se do informacije o roku za njeno podnošenje dolazi indirektnim putem posebnih rokova za ostvarivanje prava društva na naknadu prouzrokovane štete i druga propisana prava (kad je ono tužilac u direktnoj tužbi ili kad su tužioci manjinski akcionari sa propisanim pragom kapital učesća). Budući da se radi o istim osnovima za podnošenje (povreda posebnih dužnosti u kontekstu ustanove sukoba interesa i ustanove nedozvoljene konkurencije od strane lica koja su subjekti posebnih dužnosti prema akcionarskom društvu), u slučaju njihovog postojanja, rokovi koji su predviđeni za podnošenje direktne³⁸⁷ analogno se imaju primijeniti i na podnošenje derivativne tužbe – subjektivni rok od šest mjeseci od dana saznanja za osnov podizanja tužbe i objektivni rok od pet godina od dana učinjene povrede.

Potrebno je ukazati da na činjenicu da su u pitanju prekluzivni rokovi procesnog karaktera, a ne rokovi zastarjelosti materijalne prirode, o čijem proteku sud vodi računa po službenoj dužnosti, te ukoliko se utvrdi da derivativna tužba nije podnijeta u zakonom propisanom roku, sud tužbu mora odbaciti. Imajući to u vidu, zaključuje se da je u odnosu na zahtjev za naknadu štete zbog povrede posebnih dužnosti ZPD značajno odstupio u odnosu na opšta pravila obligacionog prava, kako u odnosu na prirodu, tako i u odnosu na dužinu roka za podnošenje tužbe. Shodno opštim pravilima obligacionog prava zahtjev za naknadu štete zastarijeva u subjektivnom roku od tri godine, odnosno objektivnom roku od pet godina³⁸⁸, pri čemu nije riječ o prekluzivnom roku, već o roku zastarjelosti o čijem proteku sud može odlučivati samo po prigovoru tuženog.³⁸⁹

³⁸⁷ član 77., ZPD.

³⁸⁸ član 376., ZOO.

³⁸⁹ ibid, str. 303.

Može se konstatovati da je subjektivni rok za podnošenje derivativne tužbe, barem kada je riječ o tužbi zbog povrede posebnih dužnosti veoma kratak. Naime, u praksi se pokazalo da je i za podnošenje direktne tužbe zbog povrede posebnih dužnosti potrebno značajno vrijeme kako bi se prikupile sve informacije neophodne za kvalitetno zasnivanje i potkrijepljenje tužbenih navoda, što može imati velikog uticaja u pogledu ishoda spora. U odnosu na derivativnu tužbu, ovaj problem je još izraženiji, jer je jedan od ograničavajućih faktora za podnošenje i uopšte funkcionisanje derivativne tužbe nedovoljna informisanost članova društva i nedostatak predznanja o načinima na koji način mogu prikupiti dokaze za podnošenje tužbe. Usled te okolnosti može se dogoditi da je u odnosu na vrijeme saznanja za postojanje osnova za podnošenje derivativne tužbe, pa do trenutka kada se prikupe svi neophodni podaci i dokumentacija potrebno više od šest mjeseci. Uz to, članovi društva koji imaju mali procenat kapital učešća u privrednom društvu, a koji imaju pravo na podnošenje tužbe, najčešće nisu dovoljno informisani o poslovanju društva, niti su po pravilu uključeni u svakodnevno poslovanje društva. Dodatno, pored procedure za pristup aktima i dokumentima društva, zakonom propisani postupak za sprovođenje posebne i vanredne revizije (kod društava kapitala)³⁹⁰ može imati veliki značaj za prikupljanje informacija za potrebe podnošenja derivativne tužbe, ali koji postupak takođe zahteva određeno vrijeme. Imajući u vidu sve navedeno u nekim budućim reformama zakona subjektivni rok za podnošenje derivativne tužbe bi trebalo produžiti na minimum godinu dana.³⁹¹

Jedini izuzetak u pogledu propisivanja rokova za podnošenje derivativne tužbe koji ZPD predviđa je u slučaju odgovornosti za povredu pravila o ograničenjima plaćanja akcionara, sa shodnom primjenom i na društva sa ograničenom odgovornošću. Zahtjev društva prema: članovima društva koji su odobrili nedopuštene isplate putem glasanja na skupštini, direktorima, odnosno članovima nadzornog odbora ako je upravljanje društvom dvodomno, koji su ta plaćanja odobrili i koji su znali ili su, prema okolnostima slučaja mogli znati, da su ta plaćanja u suprotnosti sa odredbama zakona o ograničenjima plaćanja, kao i drugim direktorima, odnosno članovima nadzornog odbora i članovima društva, za koje se dokaže da su namjerno ili grubom nepažnjom doprinijeli da društvo izvrši nedopušteno plaćanje zastarijeva u roku od pet godina od dana izvršene isplate. Sa druge

³⁹⁰ član 456., ZPD.

³⁹¹ J., Veličković, str. 304-5.

strane, zahtjev društva prema članu društva koji je primio isplatu zastarijeva u roku od deset godina ako se dokaže da je znao ili morao znati da prima nedopušteno plaćanje.³⁹² Dakle, ovaj izuzetak se osim nepostojanja subjektivnog roka, dužeg objektivnog roka za tužbu protiv člana društva koji je primio nedopušteno plaćanje, ogleda i u tipu roka jer se ne radi o prekluzivnim rokovima na koje sud pazi po službenoj dužnosti, već o rokovima zastarjelosti o kojima sud vodi računa samo po prigovoru tuženog.

5. Mogućnost kumulacije derivativnog i direktnog tužbenog zahtjeva

Savremena kompanijska regulativa poznaje i institut kumulacije individualne i derivativne tužbe koje se zasnivaju na istom činjeničnom i pravnom osnovu, tj. situaciji koja daje povod za istovremeno pokretanje postupka po jednoj i drugoj tužbi, od strane istog tužioca. Dok je ZPD iz 2004. godine čl. 42 propisivao da u slučajevima kumulacije tužbi sud istovremeno postupa i po pravilima individualne (u dijelu koji se odnosi na tu tužbu) i po pravilima derivativne (u dijelu koji se odnosi na tu tužbu)³⁹³, važeći ZPD na ovo pitanje ne daje eksplicitan odgovor.

Američka sudska praksa dugo je ispoljavala neprijateljski nastrojen stav prema mogućnosti kumulacije tužbenih zahtjeva. Ovakav stav je prvenstveno obrazlagan različitom prirodom interesa i potencijalne konfuzije koju bi takvo jedinstveno utuženje moglo izazvati (*doctrine of multifariousness*³⁹⁴). Suprotno ovom tradicionalnom, novi pristup ide u pravcu pune podrške kumulativnom spajanju direktnih i derivativnih tužbenih zahtjeva u svim slučajevima “osim kada u konkretnom slučaju postoji očigledan konflikt interesa, koji prema stanovištu suda predstavlja nepremostivu prepreku u pokušajima da se zadovolji uslov fer i adekvatnog zastupanja interesa ostalih akcionara”³⁹⁵ ili je priroda tužbe takva da kumulacija nije izvodljiva. Na primjer, tužba protiv direktora povodom zloupotrebe imovine društva je po svojoj prirodi derivativna tužba. Isto

³⁹² član 185., ZPD.

³⁹³ Zakon o privrednim društvima („Službeni glasnik RS“, br. 125/04).

³⁹⁴ V., Savković, op. cit., str. 83.

³⁹⁵ ibid, str. 85.

važi i za tužbu za povraćaj nepropisno isplaćenih dividendi ili tužbu protiv kontrolnog akcionara za uračunavanje premija na prodaju kontrolnog paketa akcija jer korist od njenog podnošenja treba da pripadne društvu. Sa druge strane, tužba protiv kontrolnog akcionara za glasanje za otkup njegovih akcija od strane društva je po svojoj prirodi individualna tužba (sprječavanje razvodnjavanja glasačkih prava akcionara tužioca). Isto tako, upotreba ovlašćenja direktora za spuštanje tržišne cijene akcija na način da se omogući njihova kupovina po cijeni koja je niža od fer tržišne cijene je prije individualna nego derivativna tužba. Ipak postoje situacije koje se nalaze u “sivoj zoni” između individualne i direktne tužbe, odnosno, koje daju mogućnost istovremenog podnošenja i jedne i druge tužbe. Na primjer, tužba protiv onemogućavanja prava prečeg upisa akcija je individualna, iako može biti i derivativna ako pledira da je kompanija izdala akcije za neadekvatnu nadoknadu prevarno ili povredom propisa na finansijskom tržištu.³⁹⁶

Praktična posljedica procesne radnje kakva je spajanje postupka po derivativnom i direktnom tužbenom zahtjevu, najviše dovodi u pitanje obavezu podnošenja prethodnog zahtjeva upravi društva, budući da prethodni zahtjev, kao procesna pretpostavka jedan od glavnih kamena spoticanja za potencijalne tužioce prilikom podnošenja derivativne tužbe. Razlog tome leži u okolnosti da uprava najčešće odbija prethodni zahtjev, a takvo odbijanje je u velikom broju jurisdikcija zaštićeno pravilom poslovne procjene, pa će sud najčešće biti na istom stanovištu kao uprava, odnosno smatraće da je odbijanje prethodnog zahtjeva poslovna odluka uprave, koju treba procjenjivati u okviru *business judgment rule*. Međutim, u situaciji kumulacije direktnog i derivativnog tužbenog zahtjeva, uprava bi pod pritiskom snage određenih argumenata, bila daleko manje sklona olakom odbijanju prethodnih zahtjeva koje joj upućuju članovi društva - potencijalni tužioci. Naime, odbijanjem prethodnog zahtjeva po derivativnoj tužbi, tužiocu i dalje ostaje na raspolaganju mogućnost zaštite prava preko direktne tužbe, tako da uprava ostaje bez obrazloženja da bi eventualno podnošenje derivativne tužbe za društvo značilo beskorisno izlaganje negativnom publicitetu, budući da i u slučaju odbijanja prethodnog zahtjeva, direktna tužba ostaje. Konačno, ako se već vodi postupak, u kojem će se utvrđivati i razmatrati činjenice od značaja i za derivativnu i za direktnu tužbu, načela efikasnosti nalažu njihovo objedinjavanje, a uključivanje opcije derivativne tužbe pruža mogućnost da i društvo ostvari naknadu uslijed štete koje je pretrpjelo.³⁹⁷

³⁹⁶ M., Vasiljević, op. cit., str. 89.

³⁹⁷ J., Čolić, op. cit., str. 19.

Takođe, treba imati u vidu da u slučaju dosuđenja naknade po derivativnoj tužbi u nekim situacijama može nestati i osnov za podnošenje direktne tužbe, jer bi članovi društva samim obeštećenjem društva i sami bili obeštećeni.

6. Višestruka derivacija

Za razliku od kolektivne tužbe koja predstavlja horizontalni mehanizam koji supstituiše „set ličnih tužbi“, derivativna tužba predstavlja vertikalni mehanizam, kojim se širi krug tužilaca koji mogu podnijeti ovu vrstu tužbe na članove društva sa vrlo niskim procentom učešća u osnovnom kapitalu društva (u nekim slučajevima i bez određivanja njegovog minimuma), a u nekim jurisdikcijama i na povjerioce.³⁹⁸ Pojedine jurisdikcije poznaju i posebnu vrstu derivativne tužbe pod nazivom dvostruka ili višestruka derivacija, odnosno derivativna tužba (SAD, Kanada i Nemačka) u slučaju povezanih privrednih društava³⁹⁹ kada postoji grupa kompanija i horizontalno, odnosno, vertikalno

³⁹⁸ Y., Rotem, The Law Applicable to a Derivative Action on Behalf of a Foreign Corporation Corporate Law in Conflict, *Cornell International Law Journal*, br. 46, 2013, str. 355.

³⁹⁹ Povezana društva predstavljaju sistem većeg broja privrednih društava (kompanija, preduzeća) koga čine matična kompanija (kompanija-majka, dominantno društvo, kontrolno društvo) i zavisne kompanije (kompanije-ćerke, potčinjena društva, kontrolisana društva, pri čemu svako povezano društvo zadržava pravnu samostalnost, A., Ćirić, Transnacionalne kompanije kao oblik poslovanja na međunarodnom tržištu, *Pravo i privreda*, br. 5-8/2008, 123; Pitanje pravne regulative povezanih kompanija predstavlja jednu od centralnih posljedica globalizacije i integracije svjetskog tržišta. Kompanije koje operišu na međunarodnom nivou se sve češće opredjeljuju za ovu organizacionu formu prilikom obavljanja poslovnih operacija, bilo da je riječ o povezivanju putem kapitala ili ugovora. Na taj način ostvaruju značajne benefite koje se prevashodno odnose na: pristup finansijskom tržištu, disperziju rizika, prikrivanje vlasničke strukture, korporativne finansije, aspekte upravljanja, eliminaciju konkurencije, strateško planiranje i nadzor nad poslovnim rezultatima, investicijama i finansijama zavisnih kompanija; I. Ljutić, *Pravna kontrola transnacionalnih kompanija*, Niš, 2013., 7; Stepem korporativne kontrole u odnosu povezanih društava zavisi od učešća u osnovnom kapitalu matičnog u zavisnom društvu, čime se formira pozicija korporativnog upravljanja od kontrole do autonomije - od centralizacije do decentralizacije. Ukoliko je zavisno društvo u potpunom vlasništvu matičnog društva, kontrola matičnog društva je, takođe, potpuna. Djelimično

povezivanje istih (odnos između majke i ćerke društva, kada akcionar - majka društvo podnosi tužbu u ime ćerke društva ili odnos društava sestara). U tom slučaju pravo na podnošenje tužbe prvo proizlazi iz ćerke firme ka majci firmi, imajući u vidu da je majka društvo akcionar, a odakle proizlazi i za akcionara - majke društva, čime nastaje dvostruka ili višestruka derivacija.⁴⁰⁰

Zakon o privrednim društvima nema eksplicitnih odredbi koje se odnose na višestruku derivaciju - mogućnost podizanja ovih tužbi ne samo u društvu gdje se ima status akcionara, već i u povezanim društvima (kako po horizontali – društva sestre, tako i po vertikali – društva majke i kćerke i dalje). Ipak, pravo na podnošenje derivativnih tužbi je zakonsko pravo, te ga nije moguće isključiti ili ograničiti bilo na koji način osnivačkim aktom, pravo statutom ili odlukom skupštine društva ili drugog organa društva.⁴⁰¹

U pogledu višestruke derivativne tužbe treba pomenuti i činjenicu da je u većini zemalja *common law* sistema dozvoljeno da istom derivativnom tužbom bude obuhvaćeno nekoliko različitih jurisdikcija, posebno kada su u pitanju transnacionalne kompanije.⁴⁰² Naime, u prvoj obrazloženoj odluci povodom ovog pitanja donijetom izvan SAD-a, sud u Hong Kongu je 2007. godine u predmetu *Waddington Ltd v. Chan Chun Hoo Thomas* u vezi zavisnih društava na Bermudskim ostrvima, istakao je da nema prepreka da akcionar matične kompanije podnese derivativnu tužbu u ime zavisnog društva u slučaju da je zavisno društvo pretrpjelo štetu uslijed kršenja posebnih

vlasništvo određuje se u literaturi kao vlasništvo od 20-25% kapital učešća, odnosno iznad 50%, što je većinsko kapital učešće, itd. Kontrola matičnog društva je, u ovoj situaciji (50% i više) podijeljena, ali i smanjena, budući da se u tom slučaju javljaju spoljni akcionari, najčešće, kao manjinski; *ibid.*, str. 112. Ipak, treba napomenuti da čak i u situaciji kada se zavisno društvo nalazi u 100% vlasništvu matičnog društva, ono i dalje zadržava svoju pravnu samostalnost, tj. njihov pravni subjektivitet je odvojen.

⁴⁰⁰ M. Tasić, *op. cit.*, str. 288.

⁴⁰¹ M. Vasiljević, *op. cit.*, str. 93.

⁴⁰² Velika Britanija, Hong Kong, SAD, Australija, Novi Zeland, Singapor i Kajmanska Ostrva pružaju mogućnost podnošenja višestrukih derivativnih tužbi.; vidi: *Renova Resources v Gilbertson* (2009), Cayman Islands; *Universal Project Management Services Ltd v Fort Gilkicker Ltd* (2013); *Abouraya v Triangle Metals and Minerals (Hong Kong)* (2014).

dužnosti direktora.⁴⁰³ Međutim, kako u slučaju transnacionalnih kompanija dolazi do upliva više različitih zakonodavstava, pa samim tim i do eksteritorijalne primjene prava, treba postaviti pitanje sukoba jurisdikcija u slučaju kada domicilno pravo zavisnog društva dolazi u konflikt sa domicilnim pravom matičnog društva.

Sukob nastati kako između matičnog i zavisnog društva, tako i između vlada različitih država. Transnacionalna kompanija pretenduje da ostvari što veći profit, država u kojoj posluje matično društvo, pored pretenzije ka prilivu investicija, teži i ka ostvarenju kontrole nad matičnim društvom. Naime, organizaciona struktura transnacionalnih kompanija i činjenica da one nemaju pravni subjektivitet kao cjelina (već samo njene članice zasebno) omogućava im izvjesnu fleksibilnost u upravljanju kojom lako zaobilaze nacionalne jurisdikcije. U tom smislu napori brojnih međunarodnih organizacija (OECD, UN, MMF, MOR i dr.) usmjereni su u pravcu regulisanja poslovanja transnacionalnih kompanija uspostavljanjem određenih pravila, čija je primjena još uvijek pitanje dobrovoljnosti samih kompanija. Iz tog razloga mnogi autori ističu da poslovanje transnacionalnih kompanija na taj način može dovesti u pitanje nacionalni suverenitet država.⁴⁰⁴

Imajući to u vidu, evidentno je da savremeni zahtjevi globalizacije nedvosmisleno ukazuju na neophodnost regulisanja načina interakcije između kompanija i država, kako u domaćoj, tako i u međunarodnoj areni. Jedan od načina da se to postigne je putem međunarodnih ugovora kojim bi se priznao pravni subjektivitet transnacionalnih kompanija kao cjeline, odredio jedinstven način za tretman elementa inostranosti koji se javlja kod takvih kompanija, kao i definisali bliži uslovi za njegovu primjenu.

⁴⁰³ T., Lowe, Mixed and multiple derivative claims to address reflective loss problems, *Trusts & Trustees*, vol. 20, br. 9, 2014, str. 931.

⁴⁰⁴ I., Ljutić, str. 207-210.

VI MNOŽINA SUBJEKATA U POSTUPKU PO DERIVATIVNOJ TUŽBI

"Mi kompaniju ne doživljavamo kao ultimativnog vlasnika poslovne imovine, već kao kanal putem kojeg akcionari posjeduju svoju imovinu"

Warren Buffett

1. Stupanje člana društva u parnicu

Prema Zakonu o parničnom postupku (ZPP) lice koje ima pravni interes da u postupku koji je u toku da jedna od stranaka uspije, može da se pridruži ovoj stranci u svojstvu umiješača za vrijeme cijelog trajanja postupka sve do pravnosnažnosti odluke o tužbenom zahtjevu, kao i u toku postupka nastavljenog izjavljivanjem vanrednog pravnog lijeka.⁴⁰⁵ Umiješač ne može da osporava utvrđeno činjenično stanje, niti pravne kvalifikacije sadržane, već je dužan da prihvati parnicu u onom stanju u kakvom se ona nalazi u trenutku njegovog stupanja u nju, a u daljem toku ovlašćen je da podnosi prijedloge i da preduzima ostale parnične radnje, pod uslovima koji važe za stranku kojoj se pridružio, a pravno dejstvo tih radnji imaju za stranku isto dejstvo kao da ih je sama preuzela, osim ako nisu u suprotnosti sa njenim radnjama.⁴⁰⁶

Shodno tome, članu društva je dopušteno da po dozvoli suda, a u svojstvu umiješača na strani tužioca, stupi u postupak koji je društvo pokrenulo protiv odgovornih lica po osnovu (direktne) tužbe zbog: povrede dužnosti pažnje, povrede pravila o odobravanju poslova u kojima postoji lični interes, povrede dužnosti čuvanja poslovne tajne, povrede dužnosti izbjegavanja sukoba interesa, kao i povrede pravila o zabrani konkurencije.

⁴⁰⁵ član 215., ZPP.

⁴⁰⁶ član 216., 217., 218., ZPP.

Analogno tome, član društva može zahtijevati od suda koji vodi derivativni postupak zbog povrede posebnih dužnosti prema društvu, da mu se dozvoli da stupi u parnicu na strani akcionara – tužioca koji ga je pokrenuo, što je u čl. 80. ZPD eksplicitno navedeno.⁴⁰⁷

Zakon ovdje predviđa mogućnost da član može da stupi u parnicu kao umješač ako ispunjava uslove za podnošenje derivativne tužbe u pogledu veličine udjela (5% u odnosu na iznos osnovnog kapitala društva). Ovdje zakon ne predviđa mogućnost kumulacije, tako da svaki član koji želi da stupi u parnicu kao umješač mora da ispunjava ovaj cenzus. Stupanje u parnicu u svojstvu umješača vrši se na osnovu izjave koju član daje na ročištu ili podneskom u skladu sa članom 215. Zakona o parničnom postupku („Službeni glasnik RS“, broj 72/11). Sud može da odbije učešće umješača ukoliko utvrdi da on nema pravni interes za miješanje. Međutim, kako je ovdje sam zakon utvrdio pravo na učešće u parnici u svojstvu umješača, to se pravni interes⁴⁰⁸ za učešćem pretpostavlja u korist člana koji želi da stupi u parnicu kao umješač. Zbog toga on ne mora da dokazuje da ima pravni interes za učešćem u postupku, jer ga je zakonodavac pretpostavio. To ne isključuje mogućnost da protivna strana dokazuje da pravnog interesa nema. O stupanju u parnicu u svojstvu umješača odlučuje sud pred kojim teče ta parnica. Protiv odluke kojom se odbija učešće umješača dopuštena je žalba, dok je protiv odluke kojom se dozvoljava učešće umješača nije dozvoljena posebna žalba.⁴⁰⁹

Ovdje treba postaviti pitanje pravne prirode umješača, odnosno, definisanja njegovog svojstva u parnici?

Na ovo pitanje u uporednopravnoj literaturi nema jedinstvenog odgovora. U engleskom i američkom pravu, treće lice intervencijom u parnicu stiče svojstva stranke, iz razloga što se u ovim pravima dejstva pravosnažnosti presude mogu, lakše nego u evropskokontinentalnim, proširiti na treća lica. Iz tog razloga, *ratio legis* ovog rješenja je da položaj stranke treba osnažiti na način da mu se daju takva ovlašćenja kojima on može bitno uticati na sadržinu presude. Međutim, dok u

⁴⁰⁷ član 80., ZPD.

⁴⁰⁸ Učešće u tuđem sporu jeste pravo koje trećem licu pripada samo ako ono ima pravni interes da pobijedi određena straka, a to je prije svega slučaj u kojem se pravosnažnost presude proširuje na njega.; B. Poznić, V. Rakić-Vodinelić, op. cit., str. 241-3.

⁴⁰⁹ Z. Stefanović, op. cit., str. 175-6.

engleskom pravu, njegov zahtjev ima karakter protivtužbe usmjerene prema originernom tuženom, u američkom pravu, njegov zahtjev može biti usmjeren prema jednoj ili objema strankama. Sa druge strane, kontinentalna evropska prava, pogotovo ona koja, poput njemačkog, austrijskog, švajcarskog (u nekim kantontma), dejstva presude vezuju po pravilu za stranke, razlikuju intervenciju koja trećem daje svojstvo stranke, od one u kojoj treći ovo svojstvo nema.⁴¹⁰

U našem pravu, obični umješlač nema svojstvo stranke u postupku. Takođe umješlač nije ni punomoćnik, ni zakonski zastupnik stranke, jer radnje koje preduzima u postupku, preduzima u svoje ime, a radi trenutne ili naknadne zaštite sopstvenog pravnog interesa, povezanog sa pravnim položajem stranke. Njegova uloga, a time i položaj u parnici su karakteristični: umješlač je pomoćnik stranke, jer nastoji da svojim radnjama doprinese njenom uspjehu u parnici, a istovremeno je i kontrolor stranke - jer posmatra način na koji stranka vodi spor, da bi se kasnije, ako je potrebno, izborio sa negativnim dejstvima koja bi presuda mogla imati u odnosu na njega.⁴¹¹

Budući da umješlač nije stranka, pa samim tim pravosnažnost presude na njega djeluje drugačije u odnosu na stranku. Iz tog razloga je potrebno odrediti koje radnje u postupku umješlač ne može preduzimati i pod kojim uslovima djeluju radnje koje on može preduzimati. Naime, umješlač ne može preduzimati dispozitivne parnične radnje (povlačenje tužbe, pristanak na povlačenje, preinačenje tužbe, odricanje ili odustanak od žalbe, kao i zaključenje poravnjanja), a nije ovlašćen da mijenja predmet spora ili da bitno utiče na karakteristike parnice u kojoj interveniše. Radnje koje umješlač može preduzeti ne djeluju neposredno, tj. ne vezuju sud, stranku kojoj se pridružio ili protivnu stranku, već njihovo dejstvo zavisi: (1) od držanja pomognute stranke i (2) od toga da li je radnja povoljna za pomognutu stranku ili ne. Generalno posmatrano, umješlač nije ovlašćen

⁴¹⁰ U francuskom pravu dobrovoljna intervencija može biti glavna i sporedna (akcesorna). Intervencija je glavna onda kada se ističe samostalni zahtev u korist intervenijenta. Glavni intervenijent, ističući svoj zahtev, stiče svojstvo parnične stranke - tužioca. Takođe, u francuskom pravu, i treće lice koje interveniše radi obezbjeđenja ima svojstvo stranke (član 335. CPC). Van slučaja glavnog mešanja, u njemačkom pravu, svojstvo parnične stranke ima pretendovani povjerilac, u slučaju da ga dužnik pozove na intervenciju i položi iznos duga, dok obični intervenijent nije stranka, nego treće lice, što nedvosmisleno proizlazi iz ovlašćenja koja mu zakon priznaje.; B. Poznić, V. Rakić-Vodinić, op. cit., str. 242.

⁴¹¹ ibid.

da preuzima radnje koje su nepovoljne za pomognutu stranku.⁴¹² U pogledu intervencijskog dejstva, ZPP je eksplicitno članom 218. predviđeno da, umješlač ne može da osporava utvrđeno činjenično stanje, kao i pravne kvalifikacije sadržane u obrazloženju pravnosnažne presude. Međutim, stranka koja je bila umješlač ima pravo da istakne prigovor da je stranka iz ranije parnice kojoj se pridružio kao umješlač pogrešno vodila prethodnu parnicu (prigovor nesavjesnog vođenja spora, *ex male conducti processus*) ili da je sud propustio da joj dostavlja pozive, podneske ili odluke. Sud će usvojiti prigovor ukoliko umješlač dokaže da:

1) u vrijeme stupanja u prethodnu parnicu nije blagovremeno bio obaviješten o parnici koja je prethodno vođena i time bio spriječen da preuzima radnje koje bi dovele do povoljnijeg ishoda te parnice;

2) je stranka iz parnice kojoj se pridružila kao umješlač, namjerno ili iz grube nepažnje, propustila da preuzima parnične radnje koje bi dovele do povoljnijeg ishoda prethodne parnice, a za mogućnost njihovog preuzimanja raniji umješlač nije znao ili nije mogao da zna;

3) je stranka iz prethodne parnice svojim parničnim radnjama sprječavala da nastupi dejstvo radnji njenog umješlača.

Ukoliko sud usvoji prigovor umješlača, dozvoliće se i da stranke ponovo raspravljaju o činjeničnim i pravnim pitanjima o kojima je raspravljeno u prethodnoj parnici.⁴¹³ To je ujedno i jedini način oslobođenja intervencijskog dejstva presude.

Na taj način, član društva, može (ukoliko ispunjava uslove koji su propisani za postojanje aktivne procesne legitimacije u derivativnom postupku), po odluci suda, uzeti učešće u njemu u svojstvu umješlača, a po pristanku stranaka, može stupiti na mjesto člana društva – inicijatora postupka, umjesto njega. U ovom drugom slučaju radi se o institutu subjektivnog preinačenja tužbe koji je regulisan članom 201 ZPP-a. Naime, ako se tuženi upustio u raspravljanje o glavnoj stvari, umjesto tužioca može da stupa u parnicu novi tužilac samo ako na to pristane tuženi.⁴¹⁴ O predlogu

⁴¹² *ibid.*, str. 245.

⁴¹³ član 218., Zakon o parničnom postupku („Službeni glasnik RS“, broj 72/11 – 87/18).

⁴¹⁴ član 201., *ibid.*

subjektivnog preinačenja tužbe zamjenom tužioca, sud je dužan da odluči rješenjem na samom ročištu, a propuštanje suda da postupi u tom slučaju smatra se bitnom povredom odredaba parničnog postupka.⁴¹⁵

2. Stupanje društva u parnicu

Ovdje treba postaviti jedno interesantno pitanje. Ako je zakonski predviđena mogućnost da član društva naknadno uzme učešće u postupku, kakav bi bio pravni tretman društva u situaciji da se ono predomisli u pogledu prvobitnog odbijanja zahtjeva (bez čijeg postojanja derivativni postupak uopšte ne bi mogao biti ni pokrenut) da podnese direktnu tužbu za zaštitu svojih povrijeđenih prava? Ovo pitanje je značajno prevashodno iz razloga što derivativna tužba predstavlja odstupanje od opšteg načela građanskog prava o jedinstvu stvarne i procesne legitimacije, te je sporno kako riješiti situaciju pojave mogućnosti da se tako “razloženo” jedinstvo legitimacija ponovo uspostaviti. Na kraju krajeva, cilj derivativne tužbe je zaštita interesa društva, a ne njegovih akcionara, stoga se čini opravdanim da se u slučaju da se društvo u se čije ime i vodi postupak, naknadno predomisli i podnese zahtjev za stupanje u parnicu, dozvoli da vodi postupak kao primarni tužilac, čime bi položaj člana društva – tužioca bio doveden u pitanje.

Ovdje treba razlikovati tri potencijalne situacije: 1. mogućnost da društvo stane na strani tužioca; 2. mogućnost da društvo stane na strani tuženog; 3. mogućnost da društvo istupi sa samostalnim zahtjevom.

⁴¹⁵ “O navedenom predlogu subjektivnog preinačenja tužbe zamjenom tužioca sud je bio dužan da na samom ročištu odluči rešenjem. Propuštanjem da postupi na navedeni način, prvostepeni sud je učinio bitnu povredu odredaba parničnog postupka iz člana 361 stav 1 ZPP u vezi člana 201 stav 3 ZPP-a, koja je bila od uticaja na donošenje zakonite i pravilne odluke prvostepenog suda.“ (Rješenje Apelacionog suda u Novom Sadu, posl.broj GŽ-1367/16 od 06.10.2016.godine, kojim je ukinuta presuda Osnovnog Suda u Novom Sadu posl.broj P-1922/14 od 29.10.2015.g.)

2.1. Mogućnost da društvo stupi u parnicu na strani tužioca

Prvu situaciju - mogućnost da društvo naknadno stupi u parnicu na strani tužioca, logično je tretirati na sličan način kao i u slučaju člana društva, odnosno, kroz institut umješaača.

Ipak, u ovoj situaciji se može postaviti pitanje o potencijalnom ugrožavanju pravne sigurnosti, odnosno, značaja odbijanja prethodnog zahtjeva, ako se društvo u svakom momentu može predomisliti u vezi odbijanja i uključiti u postupak. Ipak, mogućnost da se društvo naknadno predomisli i donese odluku da uzme učešće u postupku na strani tužioca treba uzeti kao opciju, budući da bi suprotno rješenje vodilo ka osujećenju cilja same derivativne tužbe, koja je i ustanovljena u cilju zaštite društva, a ne njegovih članova.

Međutim, ovdje treba naglasiti važnu distinkciju između položaja člana društva i položaja samog društva kao umješaača u postupku, obzirom na procesne implikacije koje proizilaze iz njihovog pravnog položaja u parnici. Naime, prema našem pravu, član društva nema položaj stranke u postupku jer on nastupa u svojstvu običnog intervenijenta što implicira da pravosnažna presuda ima intervencijsko dejstvo samo između pomognute stranke i intervenijenta, dok između intervenijenta i protivnika pomognute stranke ostaje bez dejstva. Ali kako u slučaju derivativne tužbe, imamo situaciju da se pravosnažnost presude neposredno odnosi na samo društvo koje naknadno stupa u parnicu, jasno je da se eventualno učešće društva u parnicu ne može rješavati kroz institut običnog umješaača, već samo kao umješaača sa svojstvom jedinstvenog suparničara, što propisuje i čl. 219 ZPP-a, u kojem je navedeno: „Ako presuda svojom pravosnažnošću dejstvuje i na odnos protivnika pomognute stranke prema umješaaču, ovaj ima položaj jedinstvenog suparničara“⁴¹⁶. To znači da ovakav umješaač može, nezavisno od stranke uz koju interveniše, pa i protiv njene volje, preduzimati parnične radnje kako bi spriječio donošenje nepovoljne odluke. Tako, na primjer, on može osporiti jednu tvrdnju koju je stranka priznala, protiviti se priznanju tužbenog zahtjeva ili uložiti žalbu ikada se stranka odrekla. Ipak, zakon ne kaže da ovakav suparničar ima svojstvo stranke, već samo da ima njen položaj, što implicira da on ipak ostaje pomagač stranke kojoj se pridružio. U tom pogledu, savremena teorija baštini podijeljena mišljenja. Iako umješaač sa položajem jedinstvenog suparničara ima šira ovlašćenja nego obični

⁴¹⁶ član 219., Zakona o parničnom postupku („Službeni glasnik RS“, broj 72/11 – 87/18).

intervenijent, on nije stranka pa samim tim ni ne može preduzimati dispozitivne parnične radnje (ne može, na primjer, povući tužbu). Da bi se odredilo stvarno, a ne samo formalno svojstvo intervenijenta sa položajem jedinstvenog suparnicara, valja, na prvom mestu, razmotriti uticaj njegovih radnji na stranku kojoj se pridružuje. Tačno je da ovakav intervenijent ne može povući tužbu, niti se odreći tužbenog zahteva i sl. ako se stranka tome protivi, ili u istoj procesnoj situaciji preduzima radnju suprotne sadržine. Ali, on to ne bi mogao učiniti ni da je od započinjanja parnice bio origenerna stranka u formalnom smislu riječi, budući da tek zajedno sa tužiocem čini jednu parničnu stranku iz razloga što je takva konstrukcija jedinstvenog suparničarstva. U tom smislu, osnovni praktični značaj razlikovanja običnog umješača koji nije parnična stranka i onog koji to jeste sastoji se u dejstvu presude: za prvog važi posredno intervencijsko dejstvo, a za drugog neposredno, isto ono koje važi za stranku.⁴¹⁷ To odgovara i samoj prirodi derivativne tužbe. Na člana društva koji stupi u parnicu u svojstvu umješača, presuda može proizvesti isključivo posredni efekat, dok se ona neposredno odnosi na društvo u čiju korist se i vodi postupak.

2.2. Mogućnost da društvo stupi u parnicu na strani tuženog

Drugu situaciju, tj. mogućnost da društvo stupi u parnicu na strani tuženog treba takođe tretirati kroz institut umješača. Ipak, na ovu situaciju treba obratiti posebnu pažnju budući da se na prvi pogled stiče utisak da je derivativna tužba sredstvo implicitnog poistovjećivanja interesa društva sa interesima njegovih članova (koji su isključivi nosioci aktivne legitimacije za njeno podnošenje u cilju zaštite interesa društva). Međutim, interesi društva, kao posebnog pravnog subjekta i interesi njegovih članova ipak nisu istovjetni, naročito ne na kratki rok.

Nemoguće je ignorisati činjenicu da je privredno društvo entitet sa sopstvenim očekivanjima, te ukoliko bi uklonili primjese interesa ostalih konstituenata, jedini cilj društva bi bio sopstveni život, tj. održanje kontinuiteta poslovanja. Kada se interes društva percipira na taj način, evidentno je da osnovu zaštite tog interesa čini planiranje dugoročne poslovne politike. To je i razlog postojanja svojevrzne dihotomije interesa društva i njegovih članova. Mada na prvi pogled djeluju da

⁴¹⁷ B., Poznić, V., Rakić-Vodinić, op. cit., str. 249-50.

konvergiraju ka istoj tački, interesi akcionara na primjer, vezani su za cijene akcija, isplatu dividendi i uvećanje profita, tj. na ciljeve koji se svode na politiku kratkog roka. Suprostitavljanje interesa akcionara interesu društva očigledno je i u samom ZPD-u putem propisivanja mogućnosti određivanja prestanka odlukom suda po tužbi akcionara koja se podnosi protiv društva.⁴¹⁸ Kako je iz ove odredbe evidentno, ZPD jasno ukazuje na suprotnost interesa društva interesu njegovih članova, umjesto da ih poistovjećuje na način što bi kao pasivno legitimisano lice označio članove organa upravljanja⁴¹⁹, a ne samo društvo. Upravo iz razloga dihotomije interesa, treba uzeti u obzir postojanje mogućnosti da u postupku po derivativnoj tužbi, društvo stupa kao umješak na strani tuženog, ukoliko ocijeni da je njegov prevalentni interes u konkretnoj situaciji odbrana tuženog (npr. ukoliko je sporna odluka uprave imala za posljedicu privremen pad vrijednosti akcija, a dugoročno ima za cilj da dovede do unapređenja budućih performansi kompanije na duži rok).

Ipak, za razliku od prethodne situacije u kojoj se učešće društva kvalifikuje putem statusa umješaka sa položajem jedinstvenog suparničara, što i odgovara prirodi derivativne tužbe budući da presuda ima neposredno dejstvo na društvo, ovdje se javlja problem druge prirode. Kako presuda i u ovom slučaju proizvodi neposredne efekte na društvo koje naknadno stupa u parnicu na strani tuženog, onda je logično i ovog puta tretirati društvo kao umješaka sa položajem jedinstvenog suparničara. Međutim, postavlja se pitanje šta ako se postupak po derivativnoj tužbi okonča uspjehom tužioca? Naime, ako bi i ovu situaciju tretirali kroz jedinstveno suparničarstvo, došli bi do zaključka da jedna presuda istovremeno proizvodi i pozitivno (jer je donijeta u njegovu korist) i negativno (jer se sa inicijalnim tuženim smatra kao jedna parnična stranka, protiv koje je usvojen tužbeni zahtjev) dejstvo po društvo, što je logički teško zamislivo. Zato iz pravno tehničkih razloga, ovu poziciju

⁴¹⁸ član 469., ZPD.

⁴¹⁹ “Da se interes društva ne može izjednačiti sa interesom njegovih članova, nedvosmisleno potvrđuje okolnost da sami akcionari (tzv. većinski, kontrolni akcionari) imaju istu fiducijarnu dužnost prema društvu. Može se reći da, u skladu sa teorijom o ugovornoj prirodi kompanija, između akcionara i privrednog društva postoji interesna zajednica koja počiva na uzajamnim očekivanjima. Ukoliko ovi interesi nisu u harmoniji, odbor društva nije pogodan kontrolni mehanizam zaštite akcionara.”; D., Dubajić, Interesi u osnovi korporativnog upravljanja – dobit akcionara versus društvena odgovornost, *Pravni zapisi*, br. 2, 2017, str. 323-9.

društva treba okarakterisati analogno poziciji člana društva koji naknadno stupa u parnicu na strani tužioca, tj. kroz institut običnog umješaača.

Navedeni stav možemo argumentovati pozivom na tipologiju pravnih interesa koja je bila zastupljena u ranijoj jugoslovenskoj procesnoj teoriji od strane profesora Borivoja Poznić koji je pravni interes umješaača za pobjedu jedne od strana u sporu definisao na osnovu tipova tog interesa. Ta klasifikacija izvedena je na osnovu kriterijuma procesnopравnih posljedica koje nastupaju pravosnažnošću presude donesene u tekućoj parnici i primjenljiva je i danas: „(1) Pravni interes trećeg postoji onda kada se pravosnažnost presude proširuje i na njega. (2) Treće lice ima pravnog interesa za sudjelovanje u parnici onda kada, u slučaju neuspjeha stranke, u njenu korist nastaje regresno pravo prema trećem. (3) Treće lice ima pravnog interesa za miješanje zato što u njenu korist može nastati pravo na naknadu štete prema stranci ako ona izgubi spor.“⁴²⁰ Poznićeva tipologija ukazuje na sledeće: tip pravnog interesa označen u tački (1) postoji ako treće lice treba da utiče na sadržinu presude, jer ga ona neposredno vezuje; tip u tački (2) – pravni interes postoji zato što će, ukoliko pomognuta stranka uspije u sporu, izbjeći da kasnije bude tužen; tip u tački (3) postoji u slučaju da, ako pomognuta stranka uspije, izbjeći da kasnije sam tuži.⁴²¹

Imajući navedeno u vidu i u kontekstu učešća društva kao umješaača na strani tužioca, zaključuje se da treći tip ovog interesa korespondira cilju derivativne tužbe. Naime, kako u ovom slučaju gubitak parnice na strani pomognute stranke za umješaača rađa određeno pravo prema ovoj stranci, može se steći utisak da umješaač sa ovakvim tipom interesa ima zapravo interes da pomognuta stranka ne uspije u sporu. Međutim, ako bi se ovaj tip interesa tako shvatio on se ne bi mogao podvesti pod zakonski pojam običnog umješaača, jer bi ukazivao na neko samostalno pravo trećeg lica prema pomognutoj stranci. Ali, ako se neuspjeh stranke shvati tako da treće lice, stekavši određeno pravo prema pomognutoj stranci, mora da snosi teret nove parnice koju će prema toj stranci pokrenuti, onda se bi i ovaj tip interesa mogao podvesti pod zakonsku definiciju obične intervencije.⁴²² Upravo putem ovog shvatanja se jedino i može objasniti učešće društva kao umješaača na strani tuženog u postupku pokrenutoj po derivativnoj tužbi. Dakle, društvo ima pravni

⁴²⁰ B., Poznić, V., Rakić-Vodinić, op. cit., str. 241.

⁴²¹ *ibid.*

⁴²² *ibid.*, str. 242.

interes da pomogne tuženoj strani upravo iz razloga nastanka prava na naknadu štete koje može nastati u njegovu korist prema stranci u slučaju da ona izgubi spor.

2.3. Mogućnost da društvo stupi u parnicu sa samostalnim zahtjevom

Treću situaciju koja se ogleda u mogućnosti da društvo u parnicu stupi sa samostalnim zahtjevom možemo posmatrati kroz institut suparničarstva stranaka po tužbi trećeg lica (glavno miješanje). Institut glavnog miješanja propisan je članom 207 ZPP-a i primjenjuje se u situaciji kada se obje stranke obuhvataju tužbom trećeg lica koje tvrdi da sporno pravo u cjelini ili djelimično pripada njemu.⁴²³ Glavna intervencija, kao procesna ustanova ima za cilj, kako uštedu, tako i izbjegavanje protivrječnih presuda⁴²⁴.

Tužba „glavnog umješača“ jeste tužba kojom treće lice podnosi tužbu i time pokreće novi parnični postupak protiv stranaka (tužioca i tuženog) iz već zasnovane parnice između tog tužioca i tog tuženog. Treće lice može podnijeti tužbu sve do zaključenja glavne rasprave između prvobitnog tužioca i prvobitnog tuženog. Iako naziv indikuje da treće lice postaje umješač posredstvom ovog instituta, treba apostrofirati da on ne postaje umješač, već stranka u postupku, dok prvobitne stranke u postupku postaju pasivni suparničari. Pri tom treba napomenuti da tužbeni zahtjev glavnog intervenijenta - ne mora biti iste vrste kao u toj parnici.⁴²⁵ Isto tako, uz zahtjev za činidbu prema tuženom prve parnice, treći može prema tužiocu predložiti utvrđenje postojanja pravnog odnosa iz koga izvodi svoje pravo (što bi se u slučaju derivativne tužbe odnosilo na situaciju kada, na primjer, društvo traži utvrđivanje postojanja saglasnosti člana društva prenosioca akcija/udjela, u situaciji kada novi član društva koji je stekao akcije ili udjele od lica koje je podnijelo derivativnu

⁴²³ član 207., ZPP.

⁴²⁴ Sud ne može uskratiti trećem licu pravo da tuži obje stranke, ako su za to ispunjeni uslovi (Okružni sud u Prokuplju, Gž 1102/76, od 24. 2. 1976, ZSP 1977/27, str. 94, br. 3433.)

⁴²⁵ Tako, na primjer, glavni intervenijent može da traži predaju stvari po svojinskom osnovu, dok u prvobitno zasnovanoj parnici tužilac može tražiti predaju stvari kao zakupac.; B., Poznić, V., Rakić-Vodinečić, op. cit., str. 235.

tužbu stupa na njegovo mjesto u parnici, budući da u skladu sa članom 79. ZPD, član društva koji je otuđio akcije/udjelo zadržava aktivnu legitimaciju za vođenje postupka, te novi član društva može stupiti u postupak jedino po pribavljenoj saglasnosti člana – prenosioca).

U slučaju suparničarstva po tužbi glavnog miješanja, raspravljanje po objema tužbama će, po pravilu, biti spojeno, pa se donosi i zajednička presuda. Ipak, sud može i zastati sa postupkom u prvoj parnici, pa raspravljati o tužbi trećeg lica. U pogledu dejstva presude kojom se u takvom slučaju tužbeni zahtjev glavnog umješača usvoja, mišljenja su podijeljena. Prema jednom shvatanju, koje se oslanja na princip subjektivnog ograničenja materijalne pravnosnažnosti, takva presuda proizvodi pravno dejstva samo u odnosu između tužioca (u ovom slučaju društva) i oba tužena, ali ne i u odnosu jednog tuženog prema drugom. Zato se nakon usvajanja tužbenog zahtjeva trećeg lica prva parnica nastavlja ako tužilac u njoj ne povuče tužbu. Prema drugom mišljenju, treba uzeti da presuda kojom je zahtjev glavnog intervenijenta usvojen ima prejudicijelni značaj za ishod prve parnice. Prema ovom shvatanju, koji je cjelishodniji, sud treba da presudom odbije tužbeni zahtjev u prvobitno zasnovanoj parnici, budući da bi u protivnom, moglo doći do protivrječnih odluka, što treba izbjeći.⁴²⁶ Podrazumijeva se da bi u slučaju derivativne tužbe, prvo shvatanje bilo naročito neprihvatljivo, budući da bi bilo sasvim nesvrishodno dalje nastavljati parnicu između inicijalnih stranaka čiji je jedini cilj zaštita interesa društva, ukoliko sud donese presudu kojom usvaja zahtjev samog društva, kao glavnog intervenijenta. Ipak, treba primijetiti da bi se ovdje mogao javiti problem potencijalnih manipulacija od strane uprave društva, jer bi pojedini njeni članovi mogli da u svojstvu glavnog umješača preuzimaju na sebe derivativne parnice i sabotirajući ih, dovode do negativnog ishoda u cilju zaštite tužene stranke. Međutim, to ne može biti opravdan argument da se presudi kojom se usvaja tužbeni zahtjev glavnog umješača oduzme karakter presuđene stvari i u odnosu na inicijalne stranke u postupku, budući da u takvoj situaciji izvornom tužiocu ostaje na raspolaganju prigovor nesavjesnog vođenja spora (*ex. male conducti processus*).

Ovo dodatno potvrđuje i sam cilj instituta tužbe glavnog miješanja, koji je u teoriji percepiran u vidu postizanja bolje koncentracije i efikasnosti postupka, kao i interna harmonija odlučivanja. Prema stanovištu dijela njemačke teorije, ukoliko se posmatra odnos interesa inicijalnih stranaka i

⁴²⁶ *ibid.*

glavnog umješača, dolazi se do zaključka da interesi trećeg lica imaju prevagu i da institut tužbe glavnog mešanja štiti treće lice od presude u inicijalnoj parnici.⁴²⁷

Međutim, ono što ZPP nije eksplicitno regulisao je kako će sud postupiti ukoliko utvrdi da razlog za podnošenje tužbe glavnog miješanja ne postoji. Ovdje se postavlja pitanje da li će sud u tom slučaju donijeti rješenje o odbacivanju tužbe ili presudu kojom odbija tužbeni zahtjev kao neosnovan. Imajući u vidu da je reč o institutu čijom primjenom nastaje suparničartvo, nameće se zaključak da bi se u tom slučaju mogle primijeniti, odredbe koje se odnose na taj institut, te slijedstveno tome, prikloniti se stanovištu njemačke teorije da ukoliko postoji odsustvo razloga za podnošenje tužbe glavnog miješanja, ne dolazi do odbacivanja tužbe, već se tužbeni zahtjev odbija kao neosnovan.⁴²⁸

⁴²⁷ E., Picker, H. H., Jakobs, B., Knobbe-Keuk, J., Wilhelm, Hauptintervention, Forderungsprätendentenstreit und Urheberbenennung - Zugleich ein Beitrag zum Thema Prozeßrecht und materielles Recht, *Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag*, Köln, 1978, str. 649-740.; B., Babović, *Množina subjekata u parničnom postupku sa elementom inostranosti*, Beograd, 2019, str. 64.

⁴²⁸ *ibid.*

VII OKONČANJE I TROŠKOVI POSTUPKA PO DERIVATIVNOJ TUŽBI

“U pitanjima istine i pravde nema razlike između velikih i malih problema, jer su pitanja koja se tiču postupanja sa ljudima uvijek jednakog značaja.”

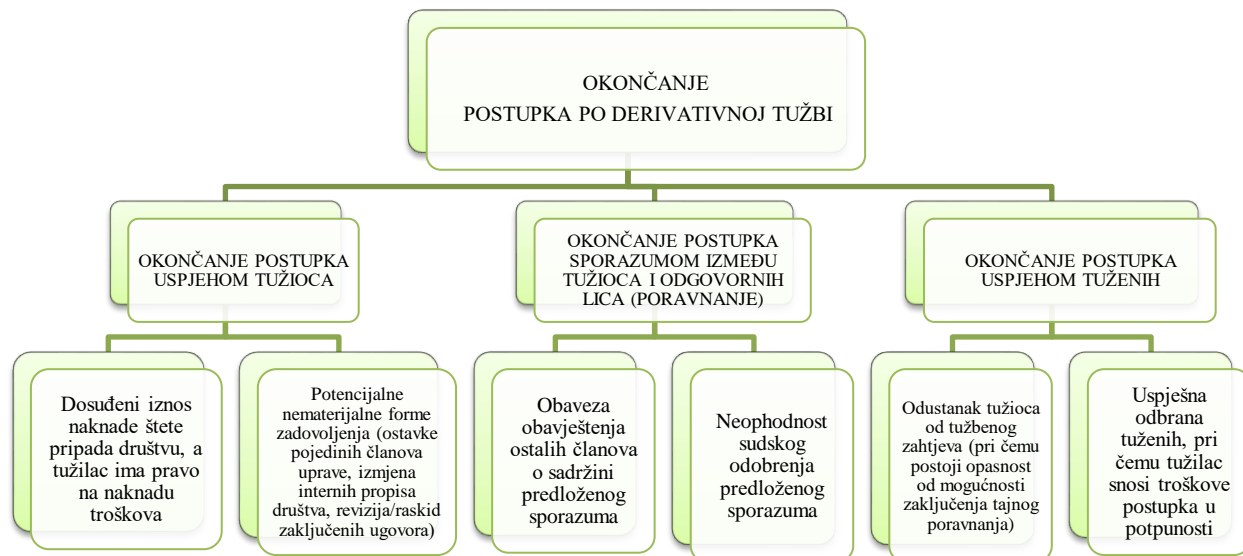
Albert Einstein

Potencijalni ishodi okončanja postupka pokrenutog po derivativnoj tužbi se, sa procesne tačke gledišta, ne razlikuju u odnosu na druge vidove parničnih postupaka – odbacivanje tužbenog zahtjeva, donošenje rješenja o odbijanju tužbenog zahtjeva ili donošenje presude, kojom se odlučuje o njegovoj osnovanosti. Ukoliko ne dođe do odbacivanja tužbe, derivativni postupak može biti okončan na tri alternativna načina:

1. Potpunim ili djelimičnim uspjehom tužioca i utvrđivanjem obaveze tuženog da nadoknadi štetu/otkloni utvrđenu nepravilnost na drugi način;
2. Potpunim ili djelimičnim uspjehom tuženog u vidu odustanka od tužbenog zahtjeva tužioca ili uspješne odbrane tuženog;
3. Poravnanjem (nagodbom), odnosno postizanjem sporazuma između tužioca i tuženog.

Ono što je za karakteristično za okončanje derivativnog postupka jesu: pojedinosti vezane za postupak eventualnog poravnanja, kao i njegovu sudsku reviziju; karakteristični modeli naknade pričinjene štete (direktna naknada akcionarima koja postoji u uporednopravnoj regulativi), onda kada je odšteta dosuđena, kao i karakteristični metodi odbrane tuženih u postupku, odnosno njihova teorijska klasifikacija, što su specifičnosti različitih alternativa okončanja postupka po derivativnoj akcionarskoj tužbi.⁴²⁹ Šematski prikaz alternativnih načina okončanja derivativnog postupka slijedi u grafikonu 1:

⁴²⁹ V., Savković, op.cit., str. 99.



Grafikon 1: Vidovi okončanja postupka po derivativnoj tužbi

1. Uspjeh tužioca kao ishod postupka

Ukoliko se derivativni postupak pravosnažno okonča presudom u korist tužioca nastupa neka od zakonom predviđenih posljedica, u zavisnosti od kategorije tužbe i tužene strane: lica koji su povrijedili posebne dužnosti koje imaju prema društvu imaju obavezu na materijalnu (novčanu) naknadu tako prouzrokovane štete; članovi društva kojima je izvršeno nedozvoljeno plaćanje imaju obavezu na povraćaj takvih isplata, a član društva za kojeg se ustanovi postojanje osnova za isključenje određenog zakonom, osnivačkim aktom ili drugim opravdanim razlozima biće isključen iz društva.

Naknada štete pripada društvu u čije ime je vođen postupak, dok član društva koji je vodio postupak ima pravo na naknadu troškova, prema opštim odredbama parničnog postupka koje propisuju obavezu stranke koja izgubi spor na naknadu troškova protivnoj stranci.⁴³⁰ Ovi troškovi

⁴³⁰ član 153., ZPD.

obuhvataju naknadu svih izdataka koje je učinio u toku ili povodom postupka, kao i nagradu za rad advokata, kao i drugih lica kojima zakon priznaje pravo na nagradu.

1.1. Direktna (*pro rata*) naknada štete akcionarima

Uporedno pravna regulativa poznaje i slučajeve direktne tzv. *pro rata* naknade štete akcionarima – tužiocima, kada se sudskom odlukom određuje da se inicijatoru postupka odredi određeni procenat naknade koja je dosuđena društvu, srazmjerno vrijednosti kapitala koji on posjeduje u društvu.⁴³¹

Ovakva praksa, iako na prvi pogled ne izgleda tako, nije nespojiva sa prirodom derivativne tužbe i njenom glavnom svrhom koja se očituje u ispravljanju nepravde koja je društvu nanijeta nepravilnim radom uprave. Ovo iz razloga što i kada dosuđena odšteta ide direktno članu društva - tužiocu, ta je odšteta i dalje dosuđena na osnovu štete pričinjene društvu, ali budući da bi u izvjesnim okolnostima bilo nepravedno/necjelishodno odštetu usmjeriti isključivo ka društvu, to se članu, odnosno članovima društva koji su tužbu podnijeli šteta nadoknađuje i direktnim putem. Pored toga, tužiocu se ne nadoknađuje cjelokupna od strane društva pretrpljena šteta, već samo dio nje i to srazmjerno njegovom kapitalu. Na taj način, *pro rata* naknada, uprkos tome što može dovesti u pitanje zaštitu povjerilačkih interesa (što se ističe kao glavni argument protiv njenog uvođenja), ipak ne izlazi iz okvira proklamovanog cilja i pravne prirode derivativne tužbe.⁴³² Direktna naknada štete akcionarima se najčešće smatra opravdanom u sledećim slučajevima:

- Kada se privredno društvo u čije ime je podnijeta tužba nalazi u postupku likvidacije;

⁴³¹ Na primjer, ukoliko akcionar ili akcionari koji su podnijeli tužbu posjeduju 10% akcijskog kapitala društva, to će, u slučaju njihovog uspjeha u sporu, kao i slučaju da se sud iz određenih razloga odluči na direktnu, *pro rata* naknadu štete, akcionar ili akcionari dobiti i 10% onoga što bi u redovnim okolnostima pripalo akcionarskom društvu.; *ibid.*, str. 109.

⁴³² *ibid.*, str. 110.

- U situacijama u kojima tuženi direktori zadržavaju kontrolu nad društvom kojem su nanijeli štetu, te im sredstva tako isplaćena sredstva radi naknade pričinjene štete ponovo dolaze pod njihovu nadzor;
- U situacijama kojima je derivativna akcionarska tužba podnijeta protiv većinskog akcionara, opravdano je dosuđivanje direktne naknade akcionarima, iz istih razloga kao u prethodnom slučaju.⁴³³

1.2. Pitanje prirode naknade štete u postupku po derivativnoj tužbi

Iako je ZPD jasan u određenju da naknada štete ostvarena u postupku po derivativnoj tužbi pripada društvu u čije ime je vođen postupak, dok član društva koji ga je inicirao ima pravo na naknadu troškova⁴³⁴, postavlja se pitanje da li je šteta koju trpe članovi društva, uslijed nanošenja štete društvu, refleksna ili indirektna (posredna) šteta? U srpskom pravu pod pojmom „refleksne štete“ podrazumijeva se šteta koju oštećeni pretrpi na drugim svojim dobrima, u kojem slučaju počinitelac odgovara po pravilima deliktne odgovornosti. Sa druge strane, pojam „indirektna šteta“ je teorijski, a ne zakonski koncept i prema stavu sudske prakse štetnik mora naknaditi i posrednu i neposrednu štetu. U tom smislu, članovi društva koji pretrpe štetu istom štetnom radnjom kojom je direktno oštećeno društvo jesu posredno oštećena lica, ali je šteta koju oni trpe refleksna u kompanijskom smislu, budući da je posljedica priznavanja pravnog subjektiviteta društva odvojenost imovine društva od članova.⁴³⁵

U ovom kontekstu od posebnog je značaja odnos individualne tužbe za naknadu štete akcionaru zbog pada vrijednosti akcija i derivativne tužbe zbog povrede posebnih dužnosti. Kao što je istaknuto, za razliku od zakonskog rješenja iz 2004., aktuelni ZPD ne sadrži odredbe o istovremenom podnošenju direktnih i derivativnih tužbi. Tu treba razlikovati dvije situacije. U prvom slučaju, ako akcionar otuđi svoje akcije prije nego što su akcionari derivativno tužili lice sa

⁴³³ *ibid.*

⁴³⁴ član 30., ZPD.

⁴³⁵ J., Lepetić, *op.cit.*, str. 198.

posebnim dužnostima, ne može se osporiti da je akcionar pretrpeo štetu.⁴³⁶ Sa druge strane, situacija nije ista ako društvo podnese zahtjev za naknadu štete ili akcionari derivativno, jer ako tim putem društvo nadoknadi pretrpljenu štetu (dovede u prvobitno stanje), onda će možda nestati i šteta koju trpi akcionar i koja bi bila osnov za podnošenje individualne tužbe.

Dakle, tužbeni zahtev akcionara za naknadu štete zbog pada vrijednosti akcija treba usvojiti samo ukoliko ne postoji mogućnost da društvu budu naknađena šteta zbog povrede dužnosti (uključujući i tužbu podnijetu od strane stečajnog upravnika).⁴³⁷

2. Uspjeh tuženog kao ishod postupka

Derivativni spor se može okončati u korist tuženog na tri alternativna načina: 1. Odbacivanjem tužbe; Odustankom od tužbenog zahtjeva od strane tužioca – akcionara i 2. Uspješnom odbranom od strane tuženog.

2.1. Odbacivanje tužbe

Odbacivanje tužbe predstavlja odluku suda da se ne upusti u rješavanje glavne stvari jer postoje određeni nedostaci formalne prirode koji se tiču konkretnog spora ili same tužbe. Sud će nakon sprovedenog ispitivanja donijeti rješenje kojim se tužba odbacuje ako utvrdi da:

- 1) odlučivanje o tužbenom zahtevu ne spada u sudsku nadležnost;
- 2) je tužba podnijeta neblagovremeno, ako je posebnim propisima predviđen rok za podnošenje tužbe;
- 3) o istom zahtjevu već teče parnica;

⁴³⁶ ibid.

⁴³⁷ ibid, str. 198-9.

- 4) je stvar pravnosnažno presuđena;
- 5) je u istoj stvari zaključeno sudsko poravnanje;
- 6) ne postoji pravni interes tužioca za podnošenje tužbe;
- 7) je tužba nerazumljiva ili nepotpuna.

Sud može tužbu odbaciti (u fazi prethodnog ispitivanja tužbe i pripremnog ročišta ili na ročištu za glavnu raspravu), a prije donošenja rješenja o odbacivanju tužbe, sud je dužan da održi ročište na kome će tužiocu omogućiti da se izjasni o odbacivanju tužbe.⁴³⁸

2.2. Odustanak od tužbenog zahtjeva

Derivativni postupak u bilo kom momentu može biti okončan i odustankom člana društva - tužioca od tužbenog zahtjeva. Odustanak tužioca može biti rezultat dva uzroka:

1. Kada tužilac, na osnovu dotadašnjeg razvoja postupka uvidi da se dalji nastavak postupka ne isplati, budući da postoje minimalne šanse za uspjeh u sporu;
2. U slučaju postizanja vansudskog poravnanja između tužioca i tuženog.

Ovdje treba napomenuti da je okončanje postupka posredstvom drugog uzroka – vansudskog poravnanja stranaka, potencijalno vrlo opasno i sa stanovišta, javnog, tako i interesa samog privrednog društva i drugih članova društva koji ne učestvuju u postupku, budući da je takav vid poravnanja izložen velikom broju potencijalnih manipulacija za obje strane u postupku. Naime, za razliku od sudski odobrenog poravnanja, kod kojeg sud ulazi u procjenu stepena srazmjernosti zaštite interesa društva i članova odredbama predloženog sporazuma, u slučaju odustajanja od tužbenog zahtjeva, sud ne može biti siguran, čak ni u postojanje neformalnog sporazuma. Stoga je opasnost po interese društva i ostalih članova društva kod ovog vida okončanja postupka po derivativnoj tužbi još izraženija. Sa druge strane, u uporednopravnoj regulativi pravilo i osnovni mehanizam zaštite naznačenih interesa je da se o učinjenom odustajanju od tužbenog zahtjeva i

⁴³⁸ član 294., ZPP.

njihovom pravu da preuzmu ulogu tužioca u postupku obavijeste i ostali članovi društva. Isto tako, kada je obavještenje učinjeno na odgovarajući način, pravilo je i da sudska odluka kojom se odustajanje od tužbenog zahtjeva i formalno konstatuje ima *res judicata* efekat u odnosu na eventualne postupke po tužbi ostalih članova u istoj pravnoj stvari.⁴³⁹

2.3. Uspješna odbrana

U slučaju okončanja derivativnog postupka, uspješnom odbranom od strane tužene strane, tužbeni zahtjev se odbija kao neosnovan uz nametanje obaveze član/ovima društva koji su bili tužiocu u postupku da tuženoj strani nadoknadi sve parnične troškove koje je imala u postupku.

Pravna teorija je izdefrencirala tri dominantne strategije odbrane kojima najčešće pribjegavaju tuženi u cilju odbijanja derivativnih tužbenih zahtjeva:

1. Isticanje činjenica da tužilac ne zadovoljava neku od specifičnih procesnih pretpostavki neophodnih za pokretanje postupka (odsustvo podnošenja prethodnog zahtjeva upravnom odboru ili skupštini društva, nepoloaganje obezbjeđenja predvidljivih parničnih troškova) koja predstavlja razlog za odbacivanje tužbe;
2. Oспорavanje aktivne procesne legitimacije tužioca (najčešće napadom na nedostatak procesnog preduslova koji se tiče pravovremenog posjedovanja akcija društva ili podobnosti za fer i adekvatno zastupanje interesa ostalih akcionara) isticanjem činjenica da je tužilac stekao status člana društva tek nakon što je društvo pretrpjelo štetu ili nakon saznanja o postojanju pravnog osnova za podnošenje tužbe, odnosno da tužilac zbog konflikata interesa sa ostalim akcionarima ne može adekvatno zastupati njihove interese, te da tužilac zbog pozicije većinskog akcionara ne može imati status tužioca u postupku po derivativnoj tužbi i sl. 440;

⁴³⁹ V., Savković, op. cit., str. 112-3.

⁴⁴⁰ ibid, str. 114.

3. Ostala procesna sredstva koja su na raspolaganju tuženoj strani u parničnom postupku, nezavisno od specifične vrste postupka.

Pod ostalim procesnim sredstvima koje su na raspolaganju tuženoj strani u derivativnim postupcima misli se na sve odbrambene tehnike čija upotreba nije, kako je to slučaj sa prva dva tipa odbrane, čvrsto vezana za specifičan karakter postupka po derivativnoj tužbi. Stoga je ovaj, treći tip odbrane dostupan tuženim direktorima, čak i kada se ne radi o derivativnoj tužbi, već i onda kada je samo društvo u istoj pravnoj stvari protiv njih podnijelo (direktnu) tužbu za zaštitu svojih prava. Dakle i u kada je tužbu zbog pretrpljene štete podnijelo samo društvo, a ne član za račun tog društva, neke od činjenica koje bi tuženi direktori i u jednom i u drugom slučaju mogli istaći u svoju odbranu specifičan karakter postupka po istoj pravnoj stvari jesu: prigovor zastarjelosti, kao i činjenice da je sporna odluka ratifikovana od strane skupštine akcionara ili rezultat primjene pravila poslovne procjene.⁴⁴¹

3. Poravnanje (nagodba) kao ishod postupka

Dok je ZPD iz 2004. god.⁴⁴² izričito zabranjivao da se postupak po derivativnoj tužbi može okončati vansudskim putem (poravnanjem, nagodbom između tužioca i tuženog), važeći ZPD je propustio da se izjasni o ovom, u anglosaksonskom pravnom sistemu, najčešćem vidu okončanja derivativnog postupka. Naravno da se intencija zakonodavca u ovom pogledu ogleda u izbjegavanju potencijalnih zloupotreba koje mogu biti čest rezultat primjene ovog pravnog instrumenta (iskustvo uporedne anglosaksonske prakse naročito govori u prilog ovog rješenja — dogovori advokata i kvalifikovanih u smislu kapital cenzusa akcionara — po pravilu razni investicioni fondovi i najava pokretanja ovih sporova protiv uprava društava i razni vansudski sporazumi nakon toga sa njima, kako bi se predupredilo njihovo pokretanje ili kako bi se zaustavilo njihovo vođenje ako su pokrenuti, sa obzirom na to da već najava pokretanja i objava u medijima

⁴⁴¹ ibid, str. 114.

⁴⁴² član 41., ZPD (Službeni glasnik RS, br. 125/04).

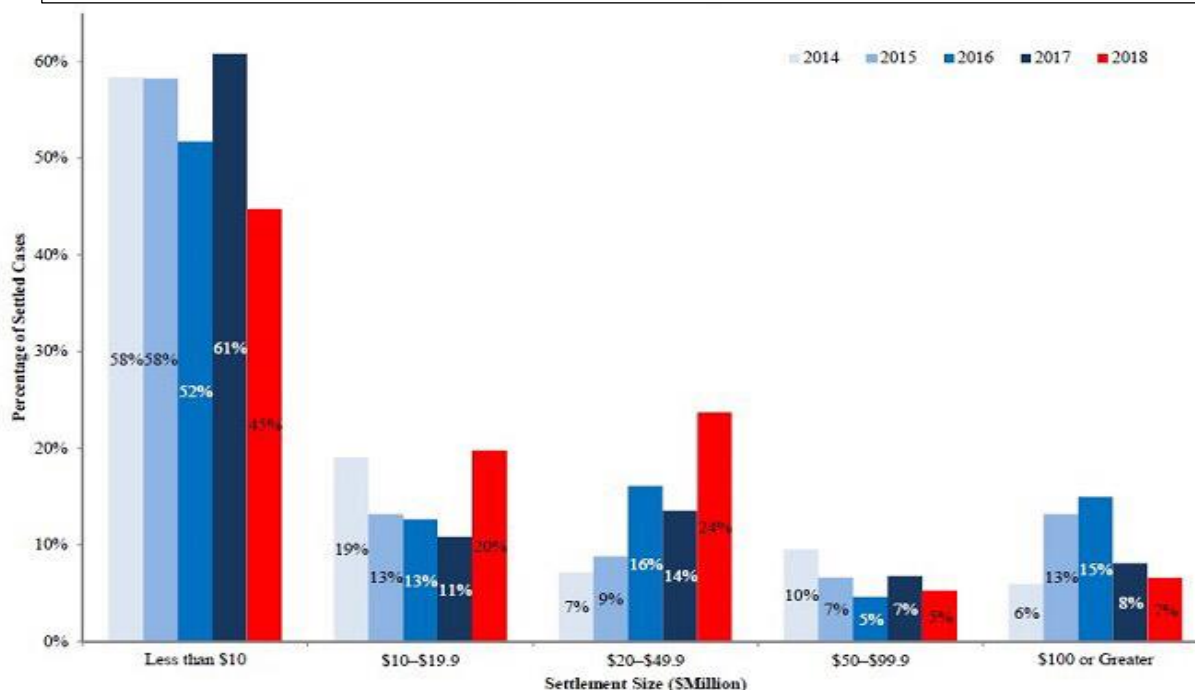
razvijenih finansijskih tržišta utiče na cijenu akcija tih društava, a dalji postupak bi u tom smislu imao još jače negativne efekte).⁴⁴³ Ipak, uprkos navedenim opasnostima i često oštrim stavovima teorije i prakse prema ovom institutu, sporazum o poravnanju ostaje gotovo redovni mehanizam okončanja derivativnih postupaka u SAD-u. Navedeno je ilustrovano u grafikonu 2⁴⁴⁴ koji predstavlja komparativni prikaz ukupnih vrijednosti⁴⁴⁵ derivativnih postupaka zaključenih poravnanjem u SAD-u u periodu od januara 2014. do decembra 2018. godine.

⁴⁴³ M., Vasiljević, op. cit., str. 96.

⁴⁴⁴ Gibson Dunn, 2018 Year-End Securities Litigation Update, March 2019; Izvještaj u cjelosti dostupan na sajtu: <https://www.gibsondunn.com/2018-year-end-securities-litigation-update/> (datum pristupa: 3. septembra 2019).

⁴⁴⁵ Vrijednost zaključenih poravnanja redovno dostižu vrlo visoke iznose. O tome svjedoči nedavni slučaj Saveznog suda u Kaliforniji u vezi skandala sa lažnim računima kompanije Vells Fargo, gdje je vrijednost poravnanja dostigla iznos od nevjerovatnih 320 miliona dolara u zamjenu za okončanje derivativnog postupka. Tužiocu u tužbi, uključujući penzijsko i policijsko udruženje Koloradu i sistem za pomoć gradu Birminghamu, tvrdili su da je od 2011. godine odbor i izvršno rukovodstvo kompanije Vells Fargo svjesno zanemarili to što su njegovi zaposleni nezakonito stvorili milione depozitnih i kreditnih kartice za svoje kupce, bez pristanka tih klijenata, kako bi ispunili agresivne prodajne ciljeve.; \$320M Wells Fargo Derivative Suit Settlement Granted First Round of Approval, dostupno na: <https://www.lieffcabraser.com/2019/05/240m-wells-fargo-derivative-suit-settlement-granted-first-round-of-approval/> (datum pristupa: 25. juna 2019.).

Grafikon 2 Komparativni prikaz ukupnih vrijednosti derivativnih postupaka zaključenih poravanjem za period Januar 2014. – Decembar 2018.



Upravo zbog značaja ovog mehanizma okončanja derivativnog postupaka u vodećim jurisdikcijama koje derivativnu tužbu smatraju “glavnim kontrolorom korporativnog upravljanja”⁴⁴⁶ u daljoj analizi pažnja će biti posvećena funkcionisanju ovog instituta u angloameričkoj praksi, kroz ilustraciju primjera, budući da je poravnanje kao vid okončanja postupka po derivativnoj tužbi i dalje nepoznanica u okvirima nacionalnog pravnog sistema.

3.1. Zaključenje poravnanja u derivativnom postupku – ilustracija slučaja

Na početku, treba istaći da ne treba da iznenađuje izraženo afirmativan stav anglosaksonske sudske prakse po pitanju sporazuma o poravnanju zato što oni predstavljaju sredstvo za prijateljsko rešavanje tenzija između akcionara i uprave, a takođe dovode do izbjegavanja skupih i dugotrajnih sudjenja koji obično imaju i velike reputaciono negativne posljedice po društvo. Iz tog razloga,

⁴⁴⁶ Cohen v. Beneficial Indus. Loan Corp., 337 U.S. 541, 1949.

sudovi redovno i podstiču poravnanja kako bi izbjegli potencijalne neizvjesnosti i troškove koji bi se dogodili u rasipničkim postupcima. Ipak bez obzira na ovako pozitivan stav prema politici potsticanja poravnanja, zakon će sankcionisati takav sporazum ukoliko nije postignut pravično, odnosno, uz nepoštovanje propisanih uslova.

Kao i u drugim slučajevima, postupak počinje podnošenjem derivativne tužbe od strane jednog ili više članova društva koji vjeruju da je društvu prouzrokovana šteta i da odgovorna lica odbijaju da traže nadoknadu. Prije podnošenja derivativne tužbe, član društva – tužilac je dužan da se formalnim zahtjevom obrati upravnom odboru da otkloni korporativnu povredu⁴⁴⁷, osim ukoliko većina odbora nije učestvovala u donošenju odluke koja je imala za rezultat takvu povredu, čime bi podnošenje prethodnog zahtjeva bilo uzaludno. U redovnim okolnostima, pregovori o poravnanju stranaka u postupku počinju nakon podnošenja tužbe.

Nakon zaključenja sporazuma o poravnanju, predlog sporazuma se podnosi sudu na odobrenje sa zahtjevom za ocjenu stepena pravičnosti poravnanja. Međutim, prije rasprave o poravnanju, propisana je obaveza obaveštavanja ostalih članova društva (koji nisu učesnici u postupku) o uslovima poravnanja, uz informacije o svim advokatskim troškovima koje potražuje tužilac. U slučaju da sud odobri poravnanje, izdaje se odluka o pristanku na poravnanje koja onemogućava dalje postupke po istom osnovu od strane društva i njegovih članova. I odbijanje suda i usvajanje predloženog rešenja su podložne žalbi.⁴⁴⁸

3.2. Kriterijumi o kojima sud odlučuje prilikom razmatranja sporazuma o poravnanju

Odluka o odobravanju predloženog poravnanja u derivatnom postupku rezultat je diskrecione ocjene suda. Prije odobravanja zaključenja sporazuma o poravnanju u postupku pokrenutom po derivativnoj tužbi, sud mora steći razumno uvjerenje da predloženi sporazum pravično i adekvatno služi interesima društva u čije ime je pokrenut postupak. U ovom slučaju, teret dokazivanja

⁴⁴⁷ C., Wright, *Law of Federal Court*, Oxford, 2016, str. 235.

⁴⁴⁸ Ross v. Bernhard, 396 U.S. 531, (1970);

zahtjeva pravičnosti i adekvatnosti sporazuma pada direktno na njegove predlagače. Budući da sudovi često nailaze na poteškoće u primjeni ovog opšteg standarda na predložene sporazume, u postupku odlučivanja o odobravanju poravnanja najčešće razmatraju veliki broj relevantnih faktora.

3.2.1. Pretpostavka pravičnosti sporazuma o poravnanju

Prije procjene adekvatnosti naknade materijalne štete ili neke od formi nematerijalnog zadovoljenja (*“nonpecuniary relief”*), sud će pristupiti razmatranju pravičnosti predloženog sporazuma. Svrha ovog prvog pregleda je da se sud upozna sa potencijalnim dogovorenim pregovorima između pravnog zastupnika i tuženog. Svaki pokazatelj nepravilnosti prilikom pregovaranja može biti signal sudu da poveća nadzor nad adekvatnošću predloženog rješenja, u onoj mjeri u kojoj postoji opasnost od postojanja dogovora tajnog rješenja sa ciljem osujećenja predloženog sporazuma.⁴⁴⁹

Jasno je da faktori poput prisustva ili odsustva dogovora među strankama mogu imati tendencije da utiču na "pravičnost" sporazuma o poravnanju zbog opasnosti da zastupnici tužioca mogu osujetiti tužbu kako bi osigurali sopstvenu naknadu. Iz tog razloga sud mora utvrditi da je poravnanje postignuto kao rezultat pregovara u kojem su obje strane djelovale nezavisno i bez “prisnijeg” kontakta. Da bi se olakšala ova inicijalna provjera, sudovi redovno nameću strankama određene zahtjeve kao vrstu testa pravičnosti predloženog rješenja. Na primjer, sud može tražiti od akcionara - tužioca i advokata optuženog podnošenje pismene izjave u kojoj će garantovati sudu i drugim akcionarima da u toku pregovora neće biti pristrasnosti, tajnih i paralelnih pregovora. Isto tako, advokati zastupnika bi trebalo da nastave sa pripremama za ročište tokom trajanja pregovora o poravnanju, čime bi pokazali spremnost da prihvataju mogućnost da ne dođe do zaključenja predloga sporazuma o poravnanju.⁴⁵⁰

Treba istaći da neispunjenje takvih zahtjeva od strane suda rijetko rezultira automatskim odbacivanjem predloga sporazuma, ali redovno predstavlja upozorenje sudu da postoji povećana

⁴⁴⁹ *ibid*, str. 236.

⁴⁵⁰ *ibid*, str. 238.

opasnost za nepristrasno vođenje pregovora, što dovodi do intenziviranja sudske kontrole adekvatnosti poravnanja. Sa druge strane, ako predlagači zadovolje nametnute zahtjeve i na taj način uspostavljaju primjer pregovora, trebalo bi postojati pretpostavka u korist pravičnosti tako postignutog sporazuma.

3.2.2. Uspostavljanje adekvatnosti poravnanja

Nakon utvrđivanja pravičnosti predloga o poravnanju, sud mora procijeniti adekvatnost nagodbe. Tom prilikom sud uzima u obzir sledeće kriterijume:

- a. Složenost, troškovi i potencijalno trajanje nastavka postupka;
- b. Rizici utvrđivanja odgovornosti i dokazivanja štete;
- c. Solventnost tuženog, to jest, njegova sposobnost namirenja potencijalno veće naknade u slučaju da ona bude dosuđena pravosnažnim okončanjem postupka neuspjehom tuženog;
- d. Postojanje prigovora nezadovoljnih članova društva;
- e. Odobravanje poravnanja od strane nezavisnog odbora direktora i/ili većine članova društva;
- f. Visina advokatskih troškova za koje advokat tužioca planira da podnese zahtev;
- g. Tip i iznos korporativnih nadoknada koje su dostupne kroz politiku osiguranja od odgovornosti direktora.⁴⁵¹

Pored navedenih kriterijuma, advokat tužioca treba da dostavi razuman zahtjev za naknadom advokatskih troškova kako bi se obezbijedila pravilna procjena adekvatnosti predloženog rješenja. Ovaj zahtjev za naknadu, zajedno sa prethodno navedenim kriterijuma, pruža sudu i drugim članovima društva potpunu sliku procijenjene visine naknade, što će omogućiti kako sudu, a tako i ostalim akcionarima, da procijene adekvatnost poravnanja.

Prema mišljenju Američkog pravnog instituta (ALI), sudovi bi prilikom procjene prihvatljivosti prijedloga poravnanja trebalo da se oslone na: 1) generalno, sopstveno istraživanje merituma, 2) često, imenovanjem posebnog stručnjaka da to učini, 3) ponekad, traženjem savjeta od

⁴⁵¹ ibid, str. 241-3.

odgovarajuće vladine agencije, 4) u rijetkim prilikama, sazivanjem skupštine akcionara kao otvorenog suda.⁴⁵²

3.3. Sudski nadzor

Postoje najmanje tri glavna razloga za zahtjevom za obavještanjem i odobrenjem suda predloženog poravnania postupka pokrenutog po derivativnoj tužbi. Prvo, ovi profilaktički postupci pomažu u suzbijanju "privatnog poravnania" u slučaju kojih je tužilac u uvjerenju da odbacivanjem tužbe u zamjenu za ugovorenu naknadu, dobija znatno više od njegovog pojedinačnog udjela u kapitalu. Drugim rečima, sudski nadzor i obavještanje ostalih članova društva o predloženom poravnaniu štiti sve akcionare od "malodušnih" tužilaca koji pokreću derivativne postupke isključivo u cilju postizanja poravnania zarad svojih lukrativnih interesa. Drugo, obaveza obavještenja ne samo da pruža akcionaru mogućnost da bude saslušan, već i proširi obim informacija na osnovu kojih će sud biti u prilici da procijeni adekvatnost poravnania. Najzad, zahtjevi za obavještanje i odobrenje suda minimiziraju i opasnost da advokat akcionara ugrozi interes svog klijenta prihvatanjem neadekvatnog rješenja radi osiguranja sopstvene nadoknade i izbjegavanja rizičnog spora.⁴⁵³

Stoga, svrha dobijanja sudske saglasnosti prilikom poravnania u postupku pokrenutom po derivativnoj tužbi akcionara jeste i zaštita ostalih članova od nepravednih ili tajnih poravnania. Budući da odobrenje suda ima snagu pravosnažne presude, obezbjeđuje se pravna sigurnosti u vidu onemogućavanja bilo kakvih naknadnih radnji od strane društva ili njegovih članova povodom identičnih ili suštinski sličnih zahtjeva. Međutim, sud treba da pažljivo izbjegne da bude samo puki pečat u bilo kojem predlogu rješenja derivativnog postupka.⁴⁵⁴ Umjesto toga, on treba da izvrši sopstvenu nezavisnu i objektivnu procjenu kako bi se zaštitili interesi društva i svih njegovih članova.

⁴⁵² Branson, op. cit., str. 711-716; M., Vasiljević, op. cit., str 98.

⁴⁵³ ibid, str. 246.

⁴⁵⁴ Desimone v. Industrial Bio-Test Laboratories, Inc., (S.D.N. Y, 1979.).

Zaista, činjenica da predloženo poravnanje može samo djelimično nadoknaditi štetu, sama po sebi ne znači da je predloženo rešenje neadekvatno i da ga treba odbiti. Sud neće odobriti poravnanje ako je nepravično, ali “pravičnost se može naći bilo gdje u širokom spektru donjih i gornjih granica”.⁴⁵⁵ Zbog pretpostavke u korist pravičnosti poravnanja, stepen nadzora sudova treba prvenstveno da onemogući da u nagodbi bude privatnog dogovaranja između advokata tužioca i tuženog. Iz tog razloga, osim ako iznos poravnanja nije vidno neadekvatan, pregovaranje neprimjereno, nema razloga za povećanom kontrolom i odobrenje je vrlo vjerovatno. Međutim, ako sud otkrije postojanje ili potencijal za tajnim ili paralelnim pregovorima, tada će se sudski nadzor koji se primjenjuje prilikom procjene adekvatnosti poravnanja neminovno dodatno povećati.

4. Troškovi postupka

Zakonom o parničnom postupku, parnični troškovi su definisani kao izdaci učinjeni u toku ili povodom postupka.⁴⁵⁶ Evidentno je da se radi o širokom pojmu koji obuhvata izdatke za sudske takes, izvođenje dokaza, nagradu punomoćniku, naknadu njegovih troškova, dnevnice i putne troškove sudija i drugih sudskih službenika u slučaju preduzimanja parničnih radnji van zgrade suda, za prevođenje i ovjeru isprava, objavljivanje sudskih oglasa, neuspjeli pokušaj poravnanja prije parnice itd.⁴⁵⁷

U toku parnice svaka stranka snosi troškove koje prouzrokuje sopstvenim radnjama. U slučaju da stranka predloži izvođenje dokaza, dužna je da po nalogu suda unaprijed položi iznos potreban za podmirenje troškova koji će nastati povodom izvođenja dokaza. Ako izvođenje dokaza predlažu obje stranke, sud će da odredi da iznos potreban za podmirenje troškova polože obje stranke na jednake dijelove. Ukoliko iznos potreban za podmirenje troškova ne bude položen u roku koji sud

⁴⁵⁵ D. A., De Mott: *Derivative Suit Settlements: In Search of a New Lodestar*, *Law and Contemporary Problems: Shareholder Litigation*, br. 3, str. 250.

⁴⁵⁶ član 150., ZPP.

⁴⁵⁷ B., Poznić, V., Rakić-Vodinelić, op. cit., str. 520.

odredi, sud će odustati od izvođenja dokaza. Ipak ako sud odredi izvođenje dokaza po službenoj dužnosti, određiće da iznos položi stranka na koju pada teret dokazivanja činjenice o kojoj se izvodi dokaz, u ukoliko ona to ne učini troškovi za izvođenje dokaza isplatiće se iz sredstava suda.⁴⁵⁸ Ovdje treba ukazati na razliku u prirodi troškova za vrijeme postupka (prethodno snošenje troškova) i troškova po njegovom okončanju.

Troškovi koje stranka plaća za vrijeme postupka ne predstavljaju za nju dužnost, već procesni teret. Kada polaže predujam za izvođenje dokaza ili snosi druge izdatke, ona to čini u cilju postizanja povoljne presude, te je stoga pravilno govoriti o teretu troškova koji stranka uzima na sebe u sopstvenom interesu. Sa druge strane, naknada troškova koju stranka isplaćuje protivnoj strani po okončanju postupka, imaju karakter obaveze.⁴⁵⁹

Stranka koja izgubi parnicu dužna je da protivnoj stranci naknadi troškove. Ova obaveza regulisana je, prema tome, po načelu uspjeha postupku, a ne po načelu krivice. Drugim riječima, stranka na čiju štetu je presuda izrečena, dužna je protivniku naknadi troškove iz razloga što što je dala povod spora i time se izložila riziku. Dakle, za obavezu naknade bitno je objektivno mjerilo, a ne pitanje da li je stranka vodila parnicu u uvjerenju da je pravo na njenoj strani. Kao materijalnopravna posljedica parnice, obaveza na naknadu troškova je po svojoj prirodi *obligatio ex lege* i stranka u čiju je korist presuđeno ima pravo samo na iznos stvarnih izdataka, a ne i na naknadu gubitaka koja je zbog parnice možda pretrpjela. Pravilo da je za obavezno plaćanje mjerodavan uspjeh u sporu primjenjuje se i kada u jednom dijelu sporne stvari uspije tužilac, a u drugom tuženi. Za takav slučaj Zakon propisuje da svaka stranka snosi svoje izdatke ili da je jedna druga dužnost naknaditi srazmjerni dio troškova.⁴⁶⁰ Sud može da odluči da jedna stranka naknadi sve troškove koje je protivna stranka imala ako protivna stranka nije uspjela samo u srazmjerno neznačajnom delu svog zahteva, a zbog tog dijela nisu nastali posebni troškovi. Umješak može imati pravo na naknadu troškova od protivne stranke samo za parnične radnje preduzete umjesto stranke kojoj se pridružio.⁴⁶¹ Stranka je dužna da nezavisno od ishoda parnice naknadi protivnoj stranci troškove koje je prouzrokovala svojom krivicom ili slučajem koji se njoj dogodio. Ukoliko je

⁴⁵⁸ član 151., ZPP.

⁴⁵⁹ B., Poznić, V., Rakić-Vodinić, op. cit., str. 521.

⁴⁶⁰ *ibid.*

⁴⁶¹ član 153., ZPP.

postupak okončan sudskim poravnanjem ili poravnanjem posle uspjele medijacije, osim ako se stranke drugačije ne sporazumiju. Sa druge strane, u parnične troškove ulaze i troškovi poravnanja koje je pokušano, a nije uspjelo, kao i troškovi medijacije koja je pokušana, a nije uspjela.⁴⁶²

Zahtjev za naknadu troškova stranka je dužna da podnese najkasnije do završetka raspravljanja koje prethodi odlučivanju o troškovima, a ako se radi o donošenju odluke bez prethodnog raspravljanja stranka je dužna da zahtjev za naknadu troškova podnese u predlogu o kome sud treba da odluči.⁴⁶³ O zahtjevu za naknadu troškova sud odlučuje bez raspravljanja, a prilikom odlučivanja koji će troškovi biti nadoknađeni, sud će razmatrati samo one troškove koji su bili potrebni radi vođenja parnice, cijeneći sve okolnosti konkretnog slučaja.

4.1. Analiza troškova i koristi derivativne tužbe (*cost - benefit analysis of derivative suit*)

U sudskoj praksi vrlo često se razmatra odnos troškova i ostvarene koristi u kontekstu parničnih troškova. U tom smislu, troškovi bi bili npr. radni sati advokata, a ostvarena korist dosuđena naknada štete koja pripada društvu i koja bez tužbe ne bi bila isplaćena. Međutim, postoji i mnogo drugih načina posmatranja troškova i koristi, od kojih su neki prošli neopaženo jer preovladavajuća sudska praksa ne zahtijeva njihovo izračunavanje. Što se tiče koristi, potrebno je posmatrati ne samo naknadu štete koju ostvaruje društvu u postupku okončanom uspjehom tužioca, već i druge benefite koje uživaju društvo i drugi članovi.⁴⁶⁴ Isto tako, potrebno je uzeti u obzir ne samo troškove koje povodom postupka imaju stranke u postupku, već i usmjeravanje vremena i resursa, kao i posljedično prebacivanje troškova na korisnike, poreske obveznike i druge.

⁴⁶² član 158., *ibid.*

⁴⁶³ član 163., *ibid.*

⁴⁶⁴ A. F., Conard, *Winnowing Derivative Suits Through Attorneys Fees, Law and Contemporary Problems*, br. 1, 1984., str. 271.

4.1.1. Troškovi derivativne tužbe sa stanovišta javne politike

Iz perspektive javne politike, troškovi derivativne tužbe mogu se uporediti sa dimnjakom koji izbacuje koncentrisane naslage na malom prostoru u blizini dimnjaka, čija se koncentracija smanjuje proporcionalno povećanju udaljenosti od njega.⁴⁶⁵ Naime, najneposredniji nepovoljni rezultat kod derivativnih tužbi biće troškovi učesnika u sporu. Manje vidljiv, ali podjednako neposredan trošak kod derivativne tužbe biće utrošeno vrijeme odgovornih direktora, kao i njihovog osoblja, ali i posljedično preusmjeravanje njihove pažnje sa svakodnevnog poslovanja kompanije na tok postupka pokrenutog po derivativnoj tužbi.

Međutim, posljedice troškova rijetko će se zaustaviti tamo gdje se prvi put jave, a pored navedenih, i dalje će postojati i nekvantifikovani troškovi. Naime, u cilju sopstvene zaštite, direktori će u određenoj mjeri izbjegavati donošenje odluka koje bi inače smatrali povoljnim za društvo, ali za koje se čini da obuhvataju opasnost podnošenja derivativnih tužbi protiv njih. Sa druge strane, u slučaju da se opredijele da ne izbjegavaju donošenje potencijalno riskantnih odluka, biće uključeni u niz preventivnih radnji, kao što su pribavljanje ekspertskih analiza koji potvrđuju njihove stavove i organizovanje glasanja na skupštini akcionara, kako bi zaštitili svoje odluke od napada na osnovu sukoba interesa, što će doprinijeti rastu operativnih troškova.

Među najteže mjerljivim troškovima naći će se uticaj tužbe na reputaciju društva, budući da derivativne tužbe redovno obuhvataju navode o nelojalnom ponašanju direktora u korist ličnog interesa ili u interesu jednog dijela (najčešće kontrolnih) akcionara. Bilo da su tačni ili ne, ovi navodi narušavaju povjerenje zaposlenih, klijenata i poslovnih partnera u integritet korporativnog menadžmenta. Ukoliko zaposleni, klijenti i poslovni partneri vjeruju da su članovi uprave društva izdali čak i svoje akcionare, može se očekivati da iskažu nepovjerenje prema direktorima u drugim okolnostima. Kao rezultat toga, ove kategorije izvjesno neće poklanjati svoje povjerenje izjavama direktora u vezi sposobnosti da isplate zarade, ispune ugovorene obaveze, poboljšaju proizvode ili da redukuju zagađenje.⁴⁶⁶

⁴⁶⁵ *ibid*, str. 272.

⁴⁶⁶ *ibid*.

4.1.2. Benefiti derivativne tužbe sa stanovišta javne politike

Najočigledniji benefit podnošenja derivativne tužbe biće nakanda štete koja se isplaćuje društvu, od strane tuženih, u slučaju okončanja postupka u korist tužioca. Manje očigledni benefiti se mogu naći u budućim uštedama koje se očekuju kao rezultat obustavljanja radnji koje su prouzrokovale štetu društvu. Pored ovih mjerljivih dobitaka, postojaće i pozitivni preventivni efekti na buduće odluke uprave.

Direktori i druga odgovorna lica koja su bila primorana da vrate svoju neosnovano stečenu korist, da plate advokate i da trpe štetne posljedice po ugled uslijed nepovoljne presude ili nagodbe biće ubuduće obazriviji. Što je važnije, logično je očekivati da će se ovaj režim pojačane odgovornosti širiti poput domino efekta i na odgovorna lica u drugim kompanijama, budući da će pod prijetnjom sličnog tretmana, takođe biti obazriviji pri donošenju poslovnih odluka. Kao rezultat toga, investitori u svim kompanijama će biti u prilici da ostvare veće prihode, a u mjeri u kojoj uspiju investicije će biti podsticane, troškovi poslovanja umanjeni, a produktivnost poboljšana. Takođe, održavanje discipline među korporativnim rukovodiocima poboljšaće odnos javnosti prema rukovodiocima, kao i njihov kredibilitet u njihovim odnosima sa zaposlenima, klijentima i poslovnim partnerima.

Ovdje treba postaviti pitanje da li je potencijalno poboljšanje javnog povjerenja kroz sprovođenje standarda rada uprave dovoljno da nadvlada negativne posljedice koje su uzrokovane izloženošću derivativnoj tužbi? Na neki način, slično je pitanju da li je razotkrivanje afere *Watergate* povećalo ili umanjilo povjerenje u vladu. Kratkoročni efekti derivativnih tužbi na javno povjerenje su vidljivo negativni, naročito za zastupanu korporaciju. Međutim, dugoročni efekti na povjerenje mogu biti blagotvorni, ali će se sporije realizovati za kompanije u postupku nego za ostale. U tom smislu, derivativne tužbe pokazuju tendenciju da kratkoročno “žrtvuju” reputaciju konkretne kompanije zarad „javnog interesa“, odnosno, dugoročnih benefita koje se očekuju u većoj meri od strane drugih korporacija i njihovih klijenata.⁴⁶⁷ Na osnovu toga proizilazi da se potencijalna društvena korist razlikuje od najboljih interesa društva u postupku⁴⁶⁸ zbog toga što društvena korist

⁴⁶⁷ *ibid*, str. 273.

⁴⁶⁸ *Zapata Corp. v. Maldonado*, 430 A.2d 779 (Del. 1981).

obuhvata preventivne efekte koji se šire među stotinama ili hiljadama kompanijama pored one u čije se ime vodi postupak.

Iz tog razloga, konstatovanje potencijalne društvene koristi je lakše od procjene koristi koje je ostvarilo društvo u čije se ime vodio postupak, pri čemu treba obratiti posebnu pažnju na parnične troškove.

4.2. Troškovi u slučaju zaključenja sporazuma o poravnanju

Tokom pregovora o poravnanju, advokati tužioca i tuženog se mogu, pored uslova poravnanja, dogovoriti o odgovarajućoj naknadi. U tom slučaju i u pokušaju da minimizira svoju odgovornost, tuženi može implicitno ili čak eksplicitno istaći da se ne protivi troškovima koje je advokat tužioca tražio na raspravi o poravnanju. U ovom slučaju radi se o tome da tuženi - koji su obično korporativni direktori - posjeduju snažne podsticaje za postizanje kompromisa zarad očuvanja sopstvene, ali i reputacije samog društva. Isto tako, postoje i veliki stimulansi koji podstiču advokate tužioca na nagodbu. Za njih je poravnanje praktično bez rizika jer će advokat sasvim izvjesno naplatiti svoju nadoknadu, bilo da je to paušalno ili u vidu satnice. Međutim, kada tuženi i tužilac preferiraju nagodbu, benefiti za društvo mogu biti ozbiljno dovedeni u pitanje ako se advokati tužioca odluče za poravnanje usled lične koristi, a ne usled najboljih interesa svog klijenta.⁴⁶⁹ Ovi problemi se mogu pripisati čitavom nizu faktora koji regulišu strateško ponašanje stranaka u slučaju sporazumnog okončanja derivativnog postupka. Ovi faktori uključuju sistem određivanja naknade advokatima, kao i veliku odgovornost direktora za povredu fiducijarnih obaveza i dužnosti.

Ovdje treba pomenuti i žustra zalaganja pojedinih kritičara za potpuno ukidanje derivativnih tužbi u kontekstu njihovog potencijala da, vođene ovakvim ekonomskim interesima, prerastu u ucjenjivačke tužbe. Međutim potpuno ukidanje derivativne tužbe, u svakom slučaju ne bi vodilo rješavanju problema ucjenjivačkih tužbi. Vješt i iskusan tužilac ili advokat tužioca bi i u slučaju

⁴⁶⁹ ibid.

nepostojanja mogućnosti podnošenja derivativne tužbe mogao pronaći različite načine da tuži odgovorne direktore za navodne nepravilnosti u poslovanju direktno putem individualne ili kolektivne tužbe akcionara.

5. Izvršni postupak i načelo formalnog legaliteta

Još jedno važno pitanje koje treba postaviti u kontekstu okončanja postupka po derivativnoj tuži tiče se postupka izvršenja. Kako je, suprotno opštim načelima parničnog postupka, razlaz procesne i stvarne legitimacije imanentan suštini derivativne tužbe (jer da je primarni tužilac – društvo podnijelo direktnu tužbu za zaštitu svojih prava, ne bi ni došlo do derivacije njegovog prava na podnošenje tužbe na akcionara kao derivativnog tužioca), postavlja se pitanje da li analogno treba postupiti i povodom opštih načela izvršnog postupka. Ovo pitanje je naročito značajno imajući u vidu opravdan rizik da društvo koje je već jednom odbilo da stane u zaštitu svojih prava i samo podnese tužbu, to uradi i drugi put, u smislu propusta da inicira izvršenje pravosnažne presude donijete u njegovu korist.

Naime, prema načelu formalnog legaliteta, koje određuje legitimaciju za pokretanje izvršnog postupka, pri donošenju odluke o predlogu za izvršenje, sud i javni izvršitelj su vezani izvršnom i vjerodostojnom ispravom, čiju zakonitost sud nije ovlašćen da ispituje.⁴⁷⁰ Kako se u izvršnom postupku, po pravilu, postojanje potraživanja i legitimacija stranaka utvrđuju na osnovu izvršne isprave i određenih dopunskih izvršnih isprava, istovremeno se prestanak potraživanja, nedopustivost njegovog namirenja i nepostojanje legitimacije stranaka mogu dokazivati samo javnom ili po zakonu ovjerenom ispravom, odnosno pravosnažnom presudom donijetom u parničnom postupku. Prilikom donošenja rješenja o izvršenju, izvršni sud nije ovlašćen da preispituje materijalnopravne aspekte izvršne isprave.⁴⁷¹

⁴⁷⁰ član 5., Zakon o izvršenju i obezbeđenju ("Sl. glasnik RS", br. 106/2015, 106/2016 - 113/2017 - i 54/2019).

⁴⁷¹ V., Crnjanski, *Izvršnost javnobeležničkog zapisa*, Beograd, 2018, str. 221.

Za razliku od parničnog postupka, koncept razdvajanja stvarne i procesne legitimacije nije poznat u izvršnom postupku, vjerovatno iz razloga što se legitimacija za njegovo pokretanje vezuje za legitimaciju koja je postojala u postupku u kome je donijeta isprava na osnovu koje se pokreće izvršni postupak. Iz tog razloga nameće se utisak da izvršni povjerilac može biti samo lice na koje glasi potraživanje i da ne postoji zakonska mogućnost da se izvršni postupak vodi radi namirenja tuđeg potraživanja. U slučaju presude donete na osnovu derivativne tužbe ovako definisane odredbe ZIO mogu dovesti do sporne situacije, jer bi njihovim tumačenjem izvršni povjerilac moglo biti samo društvo.⁴⁷²

Dosledna primjena ovih odredbi izvršnog postupka na institut derivativne tužbe, iz osnova dovodi u pitanje cijelu ideju njenog ustanovljavanja, a koja se ogleda u nemogućnosti društva da samostalno sprovede svoj pravni interes, zbog čega akcionari preuzimaju inicijativu u njegovom ostvarenju. U ovom slučaju, ako bi se sudbina izvršenja uspješno okončanog postupka prepustila društvu koje inicijalno nije stalo u zaštitu svojih prava, pravosnažna presuda bi lako mogla ostati mrtvo slovo na papiru.

Iz tog razloga, nužno je derivativnu tužbu propisati kao izuzetak od načela formalnog legaliteta u izvršnom postupku i odrediti člana društva koji je vodio derivativni postupak kao aktivno legitimisano lice i za pokretanje izvršnog postupka po presudi donijetoj u postupku po derivativnoj tužbi. Jedino na taj način je moguće obezbijediti da cilj derivativne tužbe ne bude osujećen.

⁴⁷² J., Veličković, op. cit., str. 570.

VIII ODNOS DERIVATIVNE TUŽBE I STEČAJNOG POSTUPKA

“Kapitalizam bez stečaja je kao religija bez pakla”

Frank Borman

Hronološki posmatrano, nastanak stečajnog postupka vezuje se za ideju zaštite zajedničkih interesa povjerilaca pravnog lica koje je postalo nesposobno za plaćanje.⁴⁷³ U tom smislu, cilj stečajnog postupka se može posmatrati na dvojak način: prevashodno, stečajni postupak treba da obezbijedi makar djelimično namirenje potraživanja povjerilaca stečajnog dužnika, a zatim i da zadovolji širu društvenu potrebu da se iz pravnog prometa isključe (osim u slučaju reorganizacije ako postoje uslovi za privredni oporavak) privredni subjekti koji više nisu u stanju da obavljaju svoju djelatnost.⁴⁷⁴ Potreba za namirenjem potraživanja povjerilaca zasniva se na pravičnosti, sa čim je u vezi i načelo ravnopravnosti, odnosno, pariteta stečajnih povjerilaca (*par conditio creditorum*) koje se ogleda u njihovom kolektivnom i srazmjernom namirenju uz jednak tretman povjerilaca istog isplatnog reda (odnosno, klase u postupku reorganizacije).⁴⁷⁵

Danom otvaranja stečajnog postupka prestaje mandat delegata u organu upravljanja privrednog društva, a funkcije organa upravljanja prelaze na stečajnog upravnika. U istom momentu prestaju ovlašćenja svih lica za zastupanje društva nad kojim je otvoren stečajni postupak stečajni upravnik

⁴⁷³ Stečajni postupak se otvara u slučaju ako se utvrdi postojanje nekog od sledećih stečajnih razloga koji su taksativno navedeni u Zakonu o stečaju: 1) trajnija nesposobnost plaćanja (postoji u slučaju da stečajni dužnik ne može da odgovori svojim novčanim obavezama u roku od 45 dana od dana dospelosti obaveze ili potpuno obustavi sva plaćanja u neprekidnom trajanju od 30 dana); 2) prijeteća nesposobnost plaćanja (postoji ako stečajni dužnik učini vjerovatnim da svoje obaveze ne može izmiriti po dospijeću); 3) prezaduženost (ako je imovina stečajnog dužnika manja od njegovih obaveza), 4) nepostupanje po usvojenom planu reorganizacije ili ukoliko je plan reorganizacije izdejstvovan na prevaran ili nezakonit način.; član 11. Zakona o stečaju ("Sl. glasnik RS", br. 104/2009, 99/2011 - dr. zakon, 71/2012 - odluka US, 83/2014, 113/2017, 44/2018 i 95/2018).

⁴⁷⁴ B., Poznić, V., Rakić-Vodineć, op. cit., str. 723-726.

⁴⁷⁵ član 3. i član 4. ZS.

postaje *sui generis* zakonski zastupnik.⁴⁷⁶ U tom pogledu, poziciju stečajnog upravnika pravna teorija ne objašnjava na jedinstven način. Prema *teoriji zastupanja*, on je zakonski zastupnik stečajnog dužnika, dok je prema drugom shvatanju stečajni upravnik *stranka po dužnosti*, tj. poseban organ pravne zaštite koji u svoje ime vrši dužnost i preduzima radnje na koje ga zakon ovlašćuje. Konačno, prema *organskoj teoriji* stečajni interes ne zastupa interese stečajnog dužnika, već interese stečajne mase, koja se trenutkom otvaranja stečaja izdvaja kao posebna vrsta pravnog subjekta.⁴⁷⁷ Budući da je u Zakonu o stečaju u članu 11 navedeno da stečajni upravnik vodi poslove i zastupa stečajnog dužnika, evidentno je da se srpski zakonodavac opredijelio za teoriju zastupanja.

Kada je riječ o procesnopравnim posljedicima otvaranja stečajnog postupka, ZS propisuje da se u trenutku otvaranja postupka stečaja prekidaju⁴⁷⁸ svi sudski postupci u odnosu na stečajnog dužnika i njegovu imovinu, svi postupci koji su pokrenuti na zahtjev stečajnog dužnika, kao i upravni i poreski postupci koji za predmet imaju utvrđivanje novčane obaveza stečajnog dužnika.⁴⁷⁹ Dakle, ovo otvara posebna pitanja odnosa derivativne tužbe i stečajnog postupka, koja se ogledaju u dejstvu otvaranja stečajnog postupka na postupke po derivativnoj tužbi koji su već započeti, postojanju mogućnosti da se derivativna tužba podnese i nakon otvaranja postupka stečaja, kao i

⁴⁷⁶ Otvaranjem stečajnog postupka pravna sposobnost privrednog društva se bitno ograničava. Ono je i dalje nosilac prava i obaveza koje je steklo, ali je u fazi njenog prestanka prednost dana zaštiti interesa povjerilaca. D., Milenović, Pravne posledice otvaranja stečajnog postupka, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 30, 1990, str. 164.

⁴⁷⁷ B., Poznić, V., Rakić-Vodinić, op. cit., str. 741.

⁴⁷⁸ *Ratio legis* prekida postupka ogleđa se u razlozima prevencije (zaštita stranaka u postupku, kako postojećih, tako i onih lica koja će se, usled određenih razloga, tek pojaviti u postupku i preuzeti jednu od parničnih uloga, npr. u slučaju: gubitka parnične sposobnosti, smrti stranke, prestanka zakonskog zastupanja ili nastupanja stečaja), pravne sigurnosti (izbjegavanje rizika od donošenja protivrječnih presuda) i ekonomičnosti postupka (kada je izvjesno da bi preduzete radnje u daljem toku parnice mogle da izgube dejstvo i budu ponovljene u kasnijem razvoju parnice).; G., Stanković, Prekid parničnog postupka, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, 1974, str. 300.

⁴⁷⁹ član 88., ZS.

pitanja da li stečajni upravnik ulazi u krug pasivno legitimisanih lica u postupku po derivativnoj tužbi?

1. Uticaj stečajnog postupka na prethodno započeti postupak po derivativnoj tužbi

Kada je riječ o uticaju otvaranja stečaja na tekuće postupke po derivativnoj tužbi, već na samom početku se može zaključiti da otvaranje stečajnog postupka nad društvom za čiji račun se vodi postupak po derivativnoj tužbi ne bi trebalo da utiče na tok parničnog postupka. Ovaj zaključak se zasniva na činjenici da društvo nije stranka u parničnom postupku koji se vodi po derivativnoj tužbi, iako se taj postupak primarno vodi u interesu društva nad kojim je pokrenut stečajni postupak.⁴⁸⁰ Međutim, kako se tu radi o parničnom postupku koji se odnosi na imovinu društva kao stečajnog dužnika, za koji ZS takođe propisuje obavezan prekid, može se dovesti u pitanje ispravnost prvobitnog zaključka da otvaranje stečajnog postupka ne dovodi do prekida postupka po derivativnoj tužbi iz razloga što društvo ne posjeduje stranačku legitimaciju. U ovom slučaju, intenciju zakonodavca možemo razmotriti tek po analizi zakonskih odredbi kojima se propisuju uslovi za nastavak postupaka, do čijih je prekida nastupilo usljed procesnopравnih posljedica stečaja.

Zakon propisuje da se prekinuti sudski postupak u kojem je stečajni dužnik tužilac, odnosno predlagač, može nastaviti ukoliko stečajni upravnik obavijesti sud pred kojim se vodi postupak da je preuzeo postupak. Isto tako, parnični postupak u kojem je stečajni dužnik tuženi nastavlja se ako je: 1) tužilac kao stečajni ili razlučni povjerilac⁴⁸¹ podnio blagovremenu i urednu prijavu

⁴⁸⁰ J., Veličković, op. cit., str. 578.

⁴⁸¹ Stečajni povjerilac je lice koje u momentu otvaranja postupka stečaja ima potraživanje prema stečajnom dužniku koje nije obezbijedeno. Razlučni povjerioci nisu stečajni, već povjerioci koji imaju založno pravo, zakonsko pravo zadržavanja ili pravo namirenja na stvarima i pravima o kojima se vode javne knjige ili registri i imaju pravo na prvenstveno namirenje iz sredstava ostvarenih prodajom imovine, odnosno naplate potraživanja na kojoj su stekli to pravo. Ako je iznos potraživanja razlučnih povjerioca veći od iznosa

potraživanja; 2) na ispitnom ročištu stečajni upravnik osporio prijavu potraživanja; 3) tužilac kao stečajni ili razlučni povjerilac zaključkom stečajnog sudije upućen na nastavak prekinutog parničnog postupka radi utvrđivanja osporenog potraživanja; 4) tužilac kao stečajni ili razlučni povjerilac predložio nastavak prekinutog postupka u roku od osam dana od dana prijema zaključka stečajnog sudije.⁴⁸²

Dakle, zakonodavac eksplicitno propisuje uslove za nastavak prekinutih postupaka u kojima društvo, kao stečajni dužnik, ima status stranke – tužioca ili tuženog. Međutim, ZS ostaje nedorečen u pogledu uslova za nastavak postupaka u kojima društvo nema status stranke, a koji se vode u odnosu na imovinu stečajnog dužnika, kakav je postupak po derivativnoj tužbi.

Po mišljenju nekih autora izostanak propisivanja ovih uslova izraz je namjere zakonodavca da otvaranje stečajnog postupka utiče samo na sudske postupke u kojima je stečajni dužnik stranka u postupku, ali ne i u odnosu na postupke u kojima stečajni dužnik nije stranka, uprkos činjenici da ti postupci mogu uticati na pravnu sferu stečajnog dužnika, te da shodno tome otvaranje stečajnog postupka nema uticaja na prethodno započete postupke po derivativnoj tužbi.⁴⁸³ Ipak, Zakon o parničnom postupku predviđa da će se sudski postupak koji je prekinut usled nastupanja pravnih posljedica otvaranja postupka stečaja, nastaviti nakon što stečajni upravnik preuzme postupak ili kada ga sud na predlog protivne strane pozove da to učini.⁴⁸⁴ To implicira da se prekinuti postupak u odnosu na imovinu stečajnog dužnika nastavlja po preuzimanju od strane stečajnog upravnika, što bi u smislu derivativne tužbe značilo da stupi na mjesto tužioca kao stranka u postupku. Međutim, kako u momentu otvaranja stečaja, stečajni upravnik postaje zakonski zastupnik stečajnog dužnika, njegovo stupanje u prethodno započeti postupak po derivativnoj tužbi, imalo bi za procesnu implikaciju i konvertovanje same tužbe iz derivativne u direktnu, jer stečajni upravnik nastupa u ime društva. Zato bi u samom ZS trebalo definisati bliže uslove koji se posebno

sredstava ostvarenih prodajom imovine na kojoj su stekli razlučno pravo, pravo na namirenje za razliku u visini tih iznosa ostvaruju kao stečajni povjerioci.; član 48. i član 49. ZS.

⁴⁸² član 89. i član 90. ZS.

⁴⁸³ J., Veličković, op. cit., str. 580.

⁴⁸⁴ član 222., član 225. ZPP.

odnose na nastavak postupaka u kojima stečajni dužnik nije stranka u postupka, a koji se u odnosu na njegovu imovinu.

Kao primjer može poslužiti uporedna regulativa u pitanju poput prava SAD-a. Naime, u precedentnom slučaju *Pepper v. Litton*⁴⁸⁵ formulisalo pravilo da trenutkom otvaranja stečajnog postupka, sva prava koja pripadaju članu društva prelaze na stečajnog upravnika, pa tek ukoliko stečajni upravnik odustane od tužbenog zahtjeva, član društva, po pribavljenoj saglasnosti stečajnog suda može ponovo preuzeti kontrolu nad postupkom. Dakle, po američkom pravu, ponijete derivativne tužbe postaju dio stečajne mase i ulaze pod kontrolu stečajnog upravnika⁴⁸⁶, a u slučaju nastavka postupka na strani člana društva je obaveza dokazivanja: (1) da mu je stečajni upravnik izričito dodijelio ili u njegovu korist odustao od derivativne tužbe i (2) da je stečajni sud dozvolio nastavak postupka. U suprotnom, derivativna tužba se odbacuje.⁴⁸⁷

2. Postojanje mogućnosti za podnošenje derivativne tužbe nakon otvaranja stečajnog postupka

Posebnu pažnju treba pokloniti pitanju mogućnosti za podnošenje derivativne tužbe nakon otvaranja stečajnog postupka u slučaju kada postupak po derivativnoj tužbi nije započet, ali je postojao osnov za njeno podnošenje prije otvaranja stečajnog postupka.

Zakon o stečaju propisuje da danom otvaranja stečajnog postupka prestaju zastupnička i upravljačka prava direktora, zastupnika i punomoćnika, kao i organa upravljanja i nadzornih organa stečajnog dužnika, pri čemu ta prava prelaze na stečajnog upravnika.⁴⁸⁸ Iz tumačenja ove odredbe proizilazi zaključak da ne postoji mogućnost podnošenja derivativne tužbe nakon

⁴⁸⁵ *Pepper v. Litton*, Vrhovni sud SAD, 1939.; V. Savković, str. 89.

⁴⁸⁶ *Thornton v. Bernard Tech., Inc.*, 2009 WL 426179, Bankruptcy Court Del. Feb. 20, 2009.

⁴⁸⁷ S., Aronson, A., Escobar et al., *United States: Shareholder Derivative Actions: From Cradle to Grave*, 2010, dostupno na: <http://www.mondaq.com/unitedstates/x/87654/Directors+Officers/Shareholder+Derivative+Actions+From+Cradle+To+Grave> (datum pristupa: 24. juna, 2019.)

⁴⁸⁸ član 74., ZS.

otvaranja postupka stečaja, budući da sva ovlašćenja za donošenje odluka u vezi sa imovinom društva pripadaju stečajnom upravniku.

Naime, kada bi stečajni upravnik podnio tužbu po pravnom i činjeničnom osnovu, koji bi članu društva omogućio da podnese derivativnu tužbu prije otvaranja stečajnog postupka, ne bi se radilo o derivativnoj, već isključivo o direktnoj tužbi, budući da bi bila podnijeta od strane zakonskog zastupnika društva. Međutim, stečajni upravnik nema položaj organa društva, kao što je to bio slučaj sa skupštinom ili odborom direktora prije pokretanja stečaja, već predstavlja organ stečajnog postupka. U tom pogledu je potrebno posebno napomenuti da je po ZS stečajni upravnik dužan da preduzme sve neophodne mjere za zaštitu imovine stečajnog dužnika i radnje pobijanja, ako bi se pobijanjem uvećala stečajna masa, kao i da zastupa stečajnog dužnika i stečajnu masu u pokretanju i vođenju sudskih, upravnih i drugih postupaka.⁴⁸⁹ Dakle, za razliku od uobičajnog toka stvari kada uprava društva odlučuje o prethodnom zahtjevu članova da li će pokrenuti određeni sudski postupak u ime društva, stečajni upravnik ima zakonsku obavezu da pokrene postupak ukoliko bi to moglo da dovede od uvećanja imovine stečajnog dužnika. Istovremeno propisivanje dužnosti stečajnog upravnika da pokrene sudski postupak u ime društva podrazumijeva da u slučaju kada stečajni upravnik određeni postupak ne pokrene, tada će postojati povreda dužnosti stečajnog upravnika zbog koje mogu nastati zakonom propisane posljedice. Takođe, treba ukazati i na diskutabilnost *ratio legis*-a da se članovima društva omogući pravo na podnošenje derivativne tužbe u toku stečajnog postupka, budući da je teško pronaći motiv članova društva za zaštitom društva, naročito u situaciji kada se stečaj sprovodi bankrotstvom.⁴⁹⁰

Međutim, pravo SAD-a ne smatra pokretanje stečajnog postupka preprekom za podnošenje derivativne tužbe. U u predmetu *Caulfield v. Packer Group, Inc.*, Apelacioni sud u Illinoisu presudio je da članovi društva imaju pravo da pokrenu postupak po derivativnoj tužbi protiv odgovornih direktora društva u stečaju. Ova presuda argumentovana je obezbjeđivanjem mogućnosti društvu da (u korist svojih povjerilaca) povрати imovinu do čijeg je gubitka nastupilo usled kršenja fiducijarnih dužnosti uprave.

⁴⁸⁹ član 27., ZS.

⁴⁹⁰ J., Veličković, op. cit., str. 580-5.

The Packer Group (TPG) bila je matična korporacija sa tri zavisna društva: *Packer Engineering Inc. (PEI)*, *Packer Environmental and Facility Consultants Inc.* i *Packer Technologies International Inc.* Dva člana iz *PEI* zavisnog društva podnijela su derivativnu tužbu protiv izvršnih direktora *TPG*-a zbog sumnje da su zloupotrijebili imovinu društva u cilju pribavljanja lične koristi. U vrijeme podnošenja tužbe, kompanije *TPG*-a su već bile u postupku stečaja. Kao rezultat toga, prvostepeni sud odbacio je derivativnu tužbu sa obrazloženjem da, budući da su kompanije *TPG* u stečaju, samo njihovi povjerioci mogu da prijave svoja potraživanja. Kako je sud objasnio, derivativna tužba je tužba koju akcionar korporacije podnosi u ime korporacije radi naknade štete koja je pričinjena kompaniji od strane uprave – prevarama, zanemarivanjem dužnosti ili drugim uzrokom, pri čemu korporacija ne može ili ne želi da sama zaštiti svoja prava. Akcionarima je tada dozvoljeno da preuzmu inicijativu i pokrenu tužbu koju je uprava trebalo da podnese.

U postupku po žalbi, Apelacioni sud u Illinoisu postavio je pitanje da li stečajni postupak predstavlja prepreku akcionarima da podnesu derivativnu tužbu ili ne. Budući da ovo pitanje pred tim sudom nije rješavano, sud se osvrnuo na odluke iz drugih jurisdikcija, posebno Delaware-a. Tom prilikom sud je utvrdio da pokretanje stečajnog postupka, ne mijenja prirodu zahtjeva za naknadom štete društvu i da shodno tome, akcionar može podnijeti derivativnu tužbu i u toku stečajnog postupka. Sud je istakao da stečajni postupak širi svemir potencijalnih tužilaca koji mogu podnijeti derivativnu tužbu i prema povjeriocima društva, te da shodno tome, u toku stečajnog postupka, i akcionari i povjerioci imaju pravo podnošenja derivativne tužbe. Zaključak suda je bio da uprava društva ima fiducijarne dužnosti ne samo prema društvu i njegovim članovima i da se one odnose i na povjerioce kada se nad društvom pokrene stečajni postupak.⁴⁹¹ Dakle, pravo SAD-a je zauzelo stav da stečajni postupak nije štit koji će odgovorna lica zaštititi od derivativnih tužbi, već naprotiv - mehanizam koji proširuje krug potencijalnih tužioca koji ih mogu podnijeti – sa članova na povjerioce društva.

⁴⁹¹ T. A., Felton, United States: Shareholders Can Pursue Derivative Suits Against Insolvent Corporations In Illinois, dostupno na: <http://www.mondaq.com/unitedstates/x/525516/Insolvency+Bankruptcy/Shareholders+Can+Pursue+Derivative+Suits+Against+Insolvent+Corporations+In+Illinois> (datum pristupa: 28. marta, 2019.).

Međutim, ZS propisuje obavezu stečajnog upravnika da preduzima sve neophodne mjere za zaštitu imovine stečajnog dužnika, (uključujući i sprječavanje prenosa imovine, njeno pečaćenje ili oduzimanje ukoliko je to neophodno, kao i radnje pobijanja, ako bi se pobijanjem uvećala stečajna masa⁴⁹²), što vodi zaključku da u slučaju postojanja indicija da su članovi uprave kršenjem svojih dužnosti društvu nanijeli štetu, obaveza stečajnog upravnika je da podnese tužbu za zaštitu interesa društva. Budući da stečajni upravnik zastupa stečajnog dužnika, odnosno stečajnu masu u pokretanju i vođenju sudskih, upravnih i drugih postupaka njegova je dužnost da podnese prijedlog, zahtjev ili drugi odgovarajući akt nadležnom organu strane države kao zastupnik stečajnog dužnika, kojim između ostalog zahtijeva plijenidbu, oduzimanje, zaštitu ili povraćaj imovine stečajnog dužnika⁴⁹³. Imajući to u vidu, jasno je da bi bio pogrešan zaključak da se nemogućnošću podnošenja derivativnih tužbi nakon otvaranja stečajnog postupka, naše pravo štiti odgovorna lica štite od preuzimanja odgovornosti za kršenje posebnih dužnosti prema društvu, budući da su ona izložena direktnoj tužbi stečajnog upravnika, koja se može podnijeti po istom osnovu na kojem bi mogla biti zasnovana i derivativna tužba.

Ipak, postavlja se pitanje šta u slučaju kada postoji osnov za podnošenje derivativne tužbe, a stečajni upravnik ipak propusti da podnese direktnu tužbu za zaštitu dužnikovih prava?

Trenutkom otvaranja stečaja sva prava članova društva se suspenduju, osim onih koja su Zakonom o stečaju propisana kao izuzeci. Stav privrednih sudova po ovom pitanju ogleda se u sledećem: “Odredbom člana 74. Zakona o stečaju, propisano je da danom otvaranja stečajnog postupka prestaju zastupnička i upravljačka prava direktora, zastupnika i punomoćnika, kao i organa upravljanja i nadzornih organa stečajnog dužnika i ta prava prelaze na stečajnog upravnika, iz čega proizlazi da toga dana ne prestaju prava osnivača (članova privrednog društva), ali se ista suspenduju i oni u toku stečaja mogu ostvarivati samo prava propisana Zakonom o stečaju, kao što su učestvovanje u postupku prodaje u svojstvu zainteresovanih lica podnošenjem eventualnog prigovora na predloženu prodaju i podnošenja predloga plana reorganizacije iz člana 163., koji propisuje da plan reorganizacije mogu podnijeti stečajni dužnik, stečajni upravnik, različni povjerioci koji imaju najmanje 30% obezbijeđenih potraživanja u odnosu na ukupna potraživanja

⁴⁹² član 27., ZS.

⁴⁹³ ibid.

prema stečajnom dužniku, stečajni povjerioci koji imaju najmanje 30% neobezbijeđenih potraživanja u odnosu na ukupna potraživanja prema stečajnom dužniku, kao i lica koja su vlasnici najmanje 30% kapitala stečajnog dužnika, te prava u slučaju eventualnog viška diobne mase, propisana odredbom člana 147., kojom je određeno da je u slučaju da se u postupku diobe, prije završne diobe ili u njenom toku, mogu u punom iznosu namiriti potraživanja stečajnih povjerilaca, stečajni upravnik dužan da preostali višak diobne mase raspodijeli imaocima udjela ili akcija u privrednom društvu, u skladu sa pravilima postupka likvidacije.

Konačno, suspendovana osnivačka prava mogu se ponovo uspostaviti u slučaju usvajanja plana reorganizacije i pravnosnažnosti rešenja o potvrđivanju usvajanja plana reorganizacije, što je propisano odredbom člana 167. stav 4. Zakona o stečaju, u kojoj je navedeno da donošenjem rješenja o potvrđivanju plana reorganizacije prestaju sve posljedice otvaranja stečajnog postupka, a u nazivu stečajnog dužnika briše se oznaka "u stečaju".⁴⁹⁴

Iako zakon nalaže stečajnom upravniku da preduzme sve mjere u cilju zaštite imovine stečajnog dužnika, praksa je pokazala da u realnosti to nije uvijek slučaj i da izvjesni propusti stečajnog upravnika mogu rezultirati izrazito negativnim posljedicama po interese stečajnog dužnika. Imajući to u vidu, izvjesno je očekivati da i pored postojanja osnova za podnošenje tužbe, stečajni upravnik propusti da to uradi, te na taj način šteta koja je prouzrokovana društvu od strane odgovornih lica u društvu nikad ne bude nadoknađena. Iz tog razloga se čini cjelishodnim svrstati mogućnost podnošenja derivativne tužbe u krug prava članova društva koja se ne suspenduju otvaranjem stečajnog postupka. Takvo rješenje bi imalo sasvim logičku pozadinu jer ukoliko su članovi društva sa propisanim kapital cenzusom predviđeni kao "rezervno legitimisana lica" za podnošenje tužbi za račun privrednog društva u redovnim okolnostima, onda bi im po principu analogije isti tretman trebalo dati i u toku stečajnog postupka jer bi se jedino na taj način omogućilo da interesi društva budu adekvatno zaštićeni tokom njegovog pravnog života u cjelini.

⁴⁹⁴ Odgovori na pitanja privrednih sudova koji su utvrđeni na sjednicama Odjeljenja za privredne sporove Privrednog apelacionog suda održanim dana 16.11., 17.11., 20.11. i 30.11.2017. i na sjednici Odeljenja za privredne prestupe održanoj dana 17.11.2017. godine.

3. Stečajni upravnik kao pasivno legitimisano lice u postupku po derivativnoj tužbi

Naposlijetku, treba postaviti pitanje da li u krug pasivno legitimisanih lica u postupku po derivativnoj tužbi može doći u obzir i stečajni upravnik.

Prema aktuelnom zakonskom rješenju, ZPD ne svrstava stečajnog upravnika u krug lica koje imaju posebne dužnosti prema društvu⁴⁹⁵, što dalje implicira da se protiv njega ne može podnijeti derivativna tužba od strane članova društva.

Međutim, treba napomenuti da stečajni upravnik po ZS ima status zakonskog zastupnika društva u stečaju, te bi u širem smislu reči ulazio u pojam zastupnika društva, koji u smislu ZPD-a ima posebne dužnosti prema društvu. Ipak, čak i pod pretpostavkom da nakon otvaranja stečajnog postupka postoji prostor za primjenu određenih odredbi ZPD-a, odredbe o posebnim dužnostima koje propisuje taj zakon se ipak ne bi odnosile na stečajnog upravnika iz razloga što on nije organ upravljanja društva već organ stečajnog postupka. Samim tim, dužnosti koje stečajni upravnik ima u odnosu na stečajnog dužnika (i druge učesnike u postupku), uređene odredbama ZS-a koji propisuje standarde ponašanja, različite u odnosu na standarde koje ZPD propisuje u odnosu na imaoce posebnih dužnosti prema društvu.⁴⁹⁶ Naime, za ocjenu stepena pažnje koji odgovorno lice, koje posjeduje određena specifična znanja, iskustvo i vještine, treba da uloži pri donošenju poslovnih odluka, ZPD se opredijelio za primjenu standarda dobrog stručnjaka. Dok izvorno pravilo *business judgment rule* proteže svoje dejstvo na običnu nepažnju, u ZPD-u je taj stepen nepažnje relevantan za oslobođenje od odgovornosti prouzrokovanja štete samo u slučaju primjene standarda dobrog privrednika.⁴⁹⁷ Sa druge strane, ZS propisuje da stečajni upravnik odgovara za štetu koju je prouzrokovao učesnicima u postupku namjerno ili krajnjom nepažnjom⁴⁹⁸, pri čemu je dužan da svoje poslove obavlja poslove samostalno i sa pažnjom dobrog stručnjaka, u skladu sa

⁴⁹⁵ član 61., ZPD.

⁴⁹⁶ J., Veličković, op. cit., str. 585.

⁴⁹⁷ D., Dubajić, Interesi u osnovi korporativnog upravljanja – dobit akcionara versus društvena odgovornost, *Pravni zapisi*, br. 2, 2017, str. 328.

⁴⁹⁸ član 31., ZS.

zakonom, nacionalnim standardima za upravljanje stečajnom masom i kodeksom etike.⁴⁹⁹ Kako je stečajni upravnik u obavezi da o toku stečajnog postupka i stanju stečajne mase podnosi izvještaje stečajnom sudu i odboru povjerenika, on će odgovarati za štetu koju prouzrokuje nečinjenjem, odnosno propuštanjem, ako se njegova odgovornost može kvalifikovati kao namjera ili gruba nepažnja. Za štetu prouzrokovanu običnom nepažnjom, *a contrario*, stečajni upravnik ne odgovara.⁵⁰⁰

Takođe, ukoliko je do nastanka štete došlo usled radnji stečajnog upravnika izvršenih po nalogu stečajnog sudije, on se oslobađa odgovornosti, osim ako je nalog dat na osnovu njegovih nesavjesnih radnji ili prijedloga.⁵⁰¹ Stečajni upravnik, u vršenju svojih poslova, može da angažuje stručna strana ili domaća pravna ili fizička lica, uz saglasnost stečajnog sudije, pri čemu je dužan da vrši nadzor nad njihovim radom⁵⁰², uslijed čijeg će propuštanja biti odgovoran za štetu koju ta lica prouzrokuju.⁵⁰³

Imajući u vidu navedeno, krivica stečajnog upravnika za prouzrokovanu štetu se ne pretpostavlja, već mora da se dokazuje u svakom konkretnom slučaju, te na osnovu toga proizilazi zaključak da je odgovornost stečajnog upravnika uređena potpuno drugačije u odnosu na odgovornost ostalih zastupnika iz ZPD-a (o čemu dodatno svjedoči i obavezno osiguranje stečajnog upravnika⁵⁰⁴) i

⁴⁹⁹ član 27., *ibid.*

⁵⁰⁰ B. Poznić, V. Rakić-Vodinelić, *op. cit.*, str. 747-748.

⁵⁰¹ član 31., ZS.

⁵⁰² član 27., ZS.

⁵⁰³ član 31., *ibid.*

⁵⁰⁴ Aktivni stečajni upravnik je dužan da u svoje ime i za svoj račun zaključi sa osiguravajućim društvom ugovor o obaveznom osiguranju od profesionalne odgovornosti sa osiguranom sumom u iznosu od najmanje 30.000 evra u dinarskoj protivvrijednosti, za sve rizike povezane sa obavljanjem poslova stečajnog upravnika. Takođe, odbor povjerenika može u bilo kom trenutku zahtijevati od stečajnog upravnika da zaključi ugovor o dodatnom osiguranju od profesionalne odgovornosti za konkretni stečajni postupak i na iznos koji je veći od propisanog iznosa (koji se određuje u zavisnosti od visine stečajne mase, posebnih okolnosti i mogućih rizika), a stečajni upravnik je dužan da takvo osiguranje ugovori, osim ukoliko ne dokaže da nije u mogućnosti da na tržištu ugovori takvo osiguranje. Stečajni sudija može, postupajući po službenoj dužnosti ili po zahtjevu zainteresovanog lica, naložiti umanjeње tog iznosa ili u

samim tim ne postoji adekvatan argument koji bi opravdao primjenu standarda ponašanja zastupnika iz ZPD-a i na postupanje stečajnog upravnika.⁵⁰⁵

Ima mišljenja da derivativna tužba protiv stečajnog upravnika može biti korisno sredstvo za zaštitu imovine društva, jer sve dok se stečajni upravnik nalazi na funkciji, niti članovi društva, niti povjerioci, nemaju mehanizam kojim mogu neposredno štititi interese stečajnog dužnika od štetnih radnji stečajnog upravnika (ali i nakon toga, budući da je diskutabilna spremnost novog stečajnog upravnika za podnošenje tužbe protiv svog prethodnika). Stav zagovornika ovog mišljenja je da bi subjektivni i objektivni domen derivativne tužbe trebalo proširiti i na odgovornost stečajnog upravnika za štetu koju prouzrokuje imovini stečajnog dužnika, budući da i članovi društva i povjerioci imaju pravni interes za to, pri čemu bi u tom slučaju bilo potrebno ukinuti obavezu podnošenja prethodnog zahtjeva, imajući u vidu da je stečajni upravnik jedini ovlašćeni subjekt za odlučivanje o pokretanju postupaka u ime društva (te ne bi bilo logično da odlučuje o podnošenju tužbe protiv samog sebe).⁵⁰⁶

Ipak, zaključak ove analize je da ovako predloženo rješenje, tj. ustanovljavanje mogućnosti podnošenja derivativne tužbe protiv stečajnog upravnika ne bi bilo cjelishodno. Ono nije ni potrebno, budući da pored odgovornosti za štetu, odredbe ZS-a predviđaju i disciplinsku odgovornost stečajnog upravnika zbog kršenja etičkih pravila i pravila profesije u toku konkretnog stečajnog postupka, koja se sankcioniše razrješenjem.

Stečajni sudija po službenoj dužnosti ili na prijedlog odbora povjerilaca razrješava stečajnog upravnika ako utvrdi da: ne ispunjava svoje obaveze, ne poštuje zakonom određene rokove, postupa pristrasno u odnosu na pojedine povjerioce, po isteku jedne godine od ročišta za ispitivanje potraživanja nije preduzeo odgovarajuće mjere radi unovčenja imovine koja ulazi u stečajnu masu (osim kada je preduzimanje takvih mjera bilo spriječeno višom silom ili nepredvidljivim okolnostima), nije osigurao imovinu za slučaj nastupanja štete posle dva upozorenja stečajnog

potpunosti zabraniti preuzimanje dodatnog osiguranja ako procijeni da su troškovi premije dodatnog osiguranja neopravdano visoki.; član 30., ibid.

⁵⁰⁵ J., Veličković, op. cit., str. 585.

⁵⁰⁶ ibid, str. 586-7.

sudije ili odbora povjerilaca, nije tražio saglasnost ili nije postupio po dobijenoj saglasnosti u svim slučajevima gde je zakonom propisana obavezna saglasnost odbora povjerilaca. Međutim, stečajni upravnik može biti razriješen i ako nisu utvrđeni razlozi za njegovo razrješenje na prijedlog odbora povjerilaca za koji se izjasnilo najmanje tri četvrtine članova odbora, uz koji se podnosi i prijedlog za imenovanje novog stečajnog upravnika.⁵⁰⁷ Ovo zakonsko rešenje zasnovano je na stanovištu da se stečajni postupak ne može uspješno razvijati ukoliko postoji nepovjerenje stečajnih povjerilaca u stečajnog upravnika, koje se izražava kvalifikovanom većinom.⁵⁰⁸

Pored disciplinske odgovornosti koja se okončava razrješenjem stečajnog upravnika, na osnovu razloga predviđenih za razrešenje, ZS poznaje i drugi vid disciplinske odgovornosti, koja nije vezana za tok konkretnog stečajnog postupka i koju sprovodi Agencija za licenciranje stečajnih upravnika. U postupku stručnog nadzora Agencija provjerava da li stečajni upravnik obavlja svoju dužnost u skladu sa zakonom, nacionalnim standardima za upravljanje stečajnom masom i kodeksom etike, kao i drugim propisima. U slučaju utvrđenih povreda dužnosti Agencija stečajnom upravniku može izreći mjeru: opomene, javne opomene, novčane kazne ili oduzimanje licence. Mjere za utvrđene nepravilnosti izriču se rješenjem koje je konačno. Na osnovu izrečena mjere, stečajni sudija može razriješiti stečajnog upravnika ili mu odrediti izvjesna ograničenja u toku stečajnog postupka, poput obaveze dobijanja posebne saglasnosti stečajnog sudije ili pismenog odobrenja odbora povjerilaca za sve ili pojedine radnje koje stečajni upravnik preduzima, ako ocijeni da samostalno postupanje stečajnog upravnika može dovesti do oštećenja stečajne mase.⁵⁰⁹

Zahvaljujući ovako detaljnoj regulativi koja maksimalno štiti interese povjerilaca i stečajne mase, zaključak je da pored ovako detaljno uspostavljene odgovornosti stečajnog upravnika koja se od odgovornosti za štetu, preko obaveze osiguranja i stručnog nadzora, proteže do disciplinske odgovornosti u konkretnom stečajnom postupku, zaista ne postoji realna potreba za uvođenjem

⁵⁰⁷ član 32., ZS.

⁵⁰⁸ B., Poznić, V., Rakić - Vodinelić, op. cit, str. 749.

⁵⁰⁹ član 26., ZS.

dodatnih mehanizama zaštite, poput širenja kruga pasivno legitimisanih lica u postupku po derivativnoj tužbi na stečajnog upravnika.

IX UPOREDNOPRAVNA REGULATIVA I PRAKSA KAO ZAMAJAC RAZVOJA DERIVATIVNIH TUŽBI

„Prekomjerni korporativni sporovi su nekontrolisani porez na inovacije“

Edvard R. McCracken

1. Aktuelna uloga derivativnih tužbi

Mnogi autori stoje na stanovištu da je održivost derivativne tužbe ključna podrška slobodnoj tržišnoj ekonomiji⁵¹⁰ i glavni čuvar upravljačkog integriteta, te da bez njihovog postojanja pasivni investicioni poduhvati ne bi mogli jačati. Druge države imaju druge disciplinske instrumente povodom nepravilnog rada uprave⁵¹¹, ali derivativna tužba predstavlja nesumnjivo, vodeći disciplinski instrument akcionarskih društava anglosaksonskog pravnog sistema. Sa druge strane, treba istaći da je značajan broj derivativnih tužbi potpuno beskoristan⁵¹², da dinamika razvoja

⁵¹⁰ A. F., Conard: *Winnowing Derivative Suits Through Attorneys Fees*, *Law and Contemporary Problems*, br. 1, 1984., str. 269.

⁵¹¹ U Njemačkoj, javna akcionarska društva moraju imati nadzorne savjete, čiji članovi ne mogu biti izvršni direktori akcionarskih društava, čiji zadatak je da pregovaraju o svim transakcijama između korporacija i izvršnih direktora. U Francuskoj javna preduzeća moraju imati nezavisne revizore čije dužnosti uključuju utvrđivanje da su akcionari ravnopravno tretirani i da izveštavaju državnog tužioca o svim kršenjima zakona koje primijete u svom radu.; *ibid*, str. 276.

⁵¹² Kao što profesori John Coffee i Donald Schwartz istakli, nikakvi sistematski prikazi štetnih posljedica derivativnih tužbi nisu prethodili uspostavljanju njihovih ograničenja. J., Coffee, D., Schwartz, *The Survival of the Derivative Suit: An Evaluation and a Proposal for Legislative Reform*, *Columbia Law Review*, br. 81, 1981, str. 261-2. Međutim, negativni utisak o određenom broju oportunističkih tužbi vjerovatno je nastao 1970.-ih na osnovu velikog broja tužbi zasnovanih na ilegalnim stranim uplatama i političkim doprinosima, koji su doveli do trenutne “eksplozije sporova”. R., Jones, *An Empirical Examination of the Incidence of Shareholder Derivative and Class Action Lawsuits*, *B.U.L. REV.*, br. 60, 1980, str. 306, 322-23. U jednoj tužbi ove vrste, koja je postala presedan za odbacivanje derivativnih tužbi, ustanovljene su činjenice o podnescima same kompanije Komisiji za hartije od vrijednosti, pri čemu nije

derivativnih tužbi nastoji da podstakne kako korisne tako i beskorisne tužbe⁵¹³, i da se derivativnim tužbama često upućuje kritika da (osim ukoliko beskorisne tužbe ne mogu biti selektivno kontrolisane) sudije ili zakonodavci mogu potisnuti dobro lošim.⁵¹⁴ Ovi argumenti se mogu lako dovesti u pitanje, ali su dovoljno prihvatljivi za opravdavanje iznalaženja adekvatnih mehanizama za eliminaciju potencijalnih tužbi koje bi bile beskorisne, uz istovremenu afirmaciju onih koje bi mogle doprinijeti korporativnoj ekonomiji. Nemoguće i pretenciozno bi bilo očekivati da bi se mogao uspostaviti takav zakonodavni mehanizam koji bi već na samom startu odbacivao sve tužbe koje neće biti uspješne. Sa druge strane, realno je težiti da se eliminišu one koje su podnijete isključivo sa ambicijom da će se optuženi nagoditi kako bi se izbjegli troškovi i neprijatnosti produženih sporova.⁵¹⁵

bilo nikakvih naznaka da su direktori zahtijevali ispunjenje bilo koje druge svrhe osim profita za akcionare (Auerbach v. Bennett, 47 N.Y.2d 619, 1979.).

Statistički prikaz beskorisnih tužbi u tom periodu dat je u kod R. Jones, op. cit., str. 542., čak i ako su vidno naglašeni povoljni aspekti većine derivativnih tužbi. Više od 24% tužbi u Jones-ovoj studiji okončano je bez ikakvih koristi - nominalnih ili drugih - po korporaciju; kod više od 75% tužbi koje su bile okončane povoljno po tužioca, iznos koristi je poznat kod manje od četvrtine; u okviru te četvrtine, koristi su u nekim slučajevima mogle biti značajno manje od troškova korporacije. Ipak, Jonesenov statistički prikaz ne odvaja derivativne akcionarske tužbe od kolektivnih tužbi akcionara, tako da se ne može uzeti kao sasvim adekvatan pokazatelj njihove navodne "beskorisnosti"; A. F., Conard, op. cit., str. 270.

⁵¹³ Kao što smo vidjeli u prethodnom izlaganju, tuženi imaju jake podsticaje za nagodbu, čak i kada vjeruju da su njihove šanse za pobjedu u konačnoj presudi veoma dobre i obično pristaju na nagodbe za manje iznose od troškova sudskog postupka nastavka tužbi. Na osnovu zakona o obeštećenju kao što su zakoni države Delavere, (DEL. CODE ANN. 1975.), korporacije mogu obešteti direktore za parnične troškove i nagodbe kada su slučajevi okončani nagodbom, ali ne i kada su oni proglašeni odgovornima za nanošenje štete društvu. U svakom slučaju, nastavak postupka po derivativnoj tužbi izlaže direktore nepovoljnom publicitetu bez obzira na konačnu odluku. Što se tiče advokata tužioca, produženje tužbe košta ih vremena, pri tom im ne obezbjeđujući previše novca, dok sa druge strane, mogućnost primanja velikodušnih naknada više zavisi od podsticaja optuženih na nagodbu nego od realne šanse za pobjedu tužioca.; *ibid.*, str. 273.

⁵¹⁴ E., Hornstein, *The Death Knell of Stockholders' Derivative Suits in New York*, *California Law Review*, br. 32, 1944, str. 123.

⁵¹⁵ *ibid.*, str. 277.

2. Pregled uporednopravne regulative

Kao što je poznato, derivativna tužba “rođena” precedentnim slučajem *Foss v. Harbolttte* 1843. god., u kojem je sud odbio tužbu dvojice akcionara *The Victoria Park Company*, kojom su u ime društva tužili članove uprave i osnivače zbog toga što su prodali društvu neka dobra po većoj cijeni od tržišne. Navedena tužba je odbijena od strane suda uz obrazloženje da privredno društvo i njegovi akcionari nemaju identičan pravni položaj, te da tužbu za povredu interesa društva može podnijeti isključivo društvo. Ovaj slučaj je bio predmet čestih kritika povodom svoje surovosti prema manjinskim akcionarima i rezultirao je formiranjem seta izuzetaka od dotadašnjih rješenja *common law*-a od strane kasnije sudske prakse, formulisanih u okvirima čuvenog pravila “*Foss v. Harbottle rule*”.

Osim što je bilo značajno za konačno formiranje derivativne tužbe pravilo *Foss v. Harbottle* je prvenstveno bilo značajno i za razvoj kompanijskog prava u cjelini, sa obzirom na to da je ovaj slučaj predstavljao osnov da se utemelje dva veoma važna principa kompanijskog prava - samostalnost pravnog subjektiviteta društva i pravilo većine (*majority rule*), koja su nepobitno ostala u primjeni sve do danas.⁵¹⁶

Naime, budući da je kompanija samostalni subjekt prava, prirodno je da treba imati jedinstveno pravo da preduzme pravne korake kako bi ispravila štetu koja joj je nanijeta eventualnim kršenjem njenih prava. Specifičnost njenog pravnog subjektiviteta se u tom vidu ogleda u činjenici da kompanija svoju pravnorelevantnu volju može izraziti isključivo posredstvom svojih organa. Kada se govori o standardnoj podjeli prava između tih organa kompanije, upravljanje poslovima, koje uključuje i pravo podnošenja tužbi za zaštitu ugroženih/povrijeđenih prava, jeste pravo upravnog odbora. Upravni odbor, generalno, ima puno pravo da procijeni da li će ili neće pokrenuti tužbu u ime kompanije, a akcionari inače nemaju pravo da se miješaju u njegovu diskreciju. Ako nisu zadovoljni načinom na koji se pravo koristi, akcionarima je na raspolaganju pravo da smijene direktore ili da ih ne izaberu ponovo. Pored toga, izmjenom statuta, akcionari mogu promijeniti strukturu autoriteta u kompaniji tako što će ovlašćenje za pokretanje tužbe u ime kompanije,

⁵¹⁶ J., Veličković, op. cit., str. 80.

prenijeti sa upravnog odbora na sebe. Sve dok se nijedan od ovih koraka ne preduzme, direktori mogu koristiti svoje pravo bez ometanja. Ovo pravilo „neometanja“ nije samo prirodan rezultat osnovne pretpostavke o podjeli nadležnosti, već predstavlja i komercijalnu logiku. Naime, direktori su temeljno upoznati sa obimom ekonomskih, komercijalnih, organizacionih i ličnih problema sa kojima se kompanija redovno suočava, te uopšte ne bi bilo poželjno, sa stanovišta poslovanja ili standardnih administrativnih procedura, da se akcionari, koji su manje iskusni u donošenju svakodnevnih poslovnih odluka kompanije od direktora, pretjerano miješaju u njihove aktivnosti.

Kako je pravo kompanije da podnese tužbu, prema tradicionalnom shvatanju, oblik svojine, kao i svaki drugi, logika principa „neometanja“, koji ima validnost u pogledu na cjelokupnu imovinu i aktivnosti kompanije, nalaže njegovu primjenu i na domen prava na podnošenje tužbe. U tom smislu, dosledna primjena pravila „neometanja“ bi dovela do situacije u kojoj ne bi moglo biti ometanja slobode odlučivanja direktora, čak iako su i oni sami prekršili prava kompanije i odbili da tuže sami sebe u ime kompanije. Međutim, uzimajući u obzir imanentnu sklonost ljudske prirode ka ostvarenju ličnih interesa, teško je vjerovatno da bi direktori pokrenuli tužbu u ime kompanije protiv samih sebe. Iz tog razloga, razni pravni sistemi su stvorili dodatne instrumente koji, sa jedne strane, obezbjeđuju diskreciju u odlučivanju direktora, a sa druge, prave prostor da se ona dovede u pitanje.⁵¹⁷

2.1. Derivativne tužbe u engleskom pravu

Kao što je pomenuto, polazni stav engleskog prava, formulisan u pravilu “*Foss v. Harbottle*”, bio je da sud neće intervenisati u slučaju da akcionar pokrene tužbu kada su prava kompanije prekršena od strane njenih direktora, koji kao autorizovani organ kompanije, ne žele podići tužbu protiv

⁵¹⁷ A., Barak: A Comparative Look at Protection of the Shareholders' Interest Variations on the Derivative Suit, *International and Comparative Law Quarterly*, br. 20, 1971, str. 26.

samih sebe u ime kompanije.⁵¹⁸ Engleske sudije su svoj stav opravdavali pozivom na dva osnovna argumenta: 1. pošto je kompanija nezavisno pravno lice, nužno slijedi da samo ona, posredstvom svojih ovlašćenih organa, treba da ima pravo da podnese tužbu sudu u cilju zaštite svojih prava i 2. odlučivanje o zakonitosti odluke direktora, predstavljala bi samo besmisleni gubitak vremena od strane suda kada takva odluka naknadno može biti ratifikovana od strane ovlašćenih organa kompanije.

Studija o razlozima koji su doveli do uspostavljanja engleskog pravila „neometanja“ (“*Foss v. Harbottle*”) otkriva da ključni razlozi njegovog uspostavljanja zapravo bili čisto proceduralne prirode. Naime, zauzeti stav nije bio onaj o efikasnosti kompanije, već onaj o efikasnosti sudova.⁵¹⁹ Osnova za ovo obrazloženje je bila “teorija o adekvatnom tužiocu (*proper plaintiff theory*)” koja je nalagala da akcionar nema aktivnu stranačku legitimaciju budući da istu posjeduje samo kompanija čija su prava povrijeđena i izbjegavanje gubljenje vremena suda. Uprkos važnosti koja se treba pridodati argumentima o efikasnosti sudova, čini se da englesko pravo plaća veliku cijenu za očuvanje efikasnosti sudova, jer je rezultat više puta pokazao da su prava kompanije i akcionara bila žrtvovana na oltaru proceduralnih principa u korist onih koji su imali kontrolu nad kompanijom.

Englesko kompanijsko zakonodavstvo do 2006. godine nije uklonilo ograničenja koja su nametnuta pravima akcionara da intervišu u ime kompanije i podignu tužbu, iako je bilo pokušaja da se to postigne. U onim slučajevima u kojima je posredstvom pravila *Foss v. Harbottle*, akcionaru bilo onemogućeno da se miješa u diskreciono pravo odlučivanja direktora, Zakon o kompanijama iz 1967. god. predviđao je mogućnost da oštećeni članovi imaju pravo žalbe pred sudom, koji može dodijeliti olakšicu koju smatra odgovarajućom. U slučaju da se ustanovi da postoji sumnja da su direktori počinili prevaru ili na drugi način povrijedili svoje dužnosti, može se izabrati inspektor od strane Privredne komore, koji će sačiniti izvještaj i predati ga Komori. Na

⁵¹⁸ „Zakon jasno kaže da, kako bi se nadoknadila šteta koja je pricinjena kompaniji, tužba mora biti podnijeta od strane same kompanije.“, *ibid.* 27.

⁵¹⁹ C. M., Schmitthoff, *The Rule of the Majority and the Protection of the Minority, Studi Di Diritto Privato*, br. 8., 1991, str. 663 -9.

osnovu ovog izveštaja, Komora u ime kompanije može podnijeti tužbu, protiv bilo kojeg direktora odgovornog za pomenuto. Ova inovacija proširila je koncept „prevare prema manjini“ i unutar ovog proširenog domena ojačala je pravo suda da dosudi naknadu štete kompaniji. Međutim, edvidentna su dva velika nedostataka ovako postavljenog rješenja. Prvi se ogleda u tome da ono ne daje akcionaru pravo da samostalno pokrene tužbu. Drugi je taj da u slučaju ako Privredna komora odluči da ne podigne tužbu u ime kompanije, akcionar takođe ne može podići tužbu, čak i kada je istinski uvjeren da je Komora pogriješila u svom rasuđivanju. Nadalje, pravo rasuđivanja koje Privredna komora ima, kao javna ustanova, uslovljeno je činjenicom da u takvoj intervenciji ne postoji javni interes. Upravo iz razloga što je Komora dužna da se pri svom radu rukovodi javnim interesom, u svega u nekoliko navrata je zaista i intervenisala na gore opisan način.⁵²⁰

Imajući u vidu ove okolnosti, može se slobodno reći da je realna mogućnost za intervencijom akcionara u smjeru zaštite interesa kompanije, praktično iščezla iz britanskog prava sve do usvajanja Zakona o privrednim društvima (*“Companies Act”*) iz 2006. godine, koji je prvi put zakonski dozvolio podnošenje derivativne tužbe u Engleskoj.

2.2. Derivativne tužbe u pravu SAD-a

Poput engleskog, i američko pravo priznaje pravilo „neometanja“ u diskreciju uprave pri donošenju poslovnih odluka, ali uprkos zajedničkoj tradiciji anglosaksonskog prava, ovo pravilo se nezavisno razvilo u američkom pravu. Od početka svog razvitka, pravilo „neometanja“ se bavilo poslovnim korporacijama, kao nezavisnim pravnim subjektima, pod upravom direktora koji djeluju po sopstvenom nahođenju. Krajem XIX vijeka, uticaj engleskih pravnih prethodnika se mogao osjetiti, pri čemu se nije ispoljavao uskraćivanjem intervencije suda u situacijama kada je sporna odluka direktora mogla biti ratifikovana, već u procesnoj pretpostavci podnošenja zahtjeva direktorima koji tada moraju odlučiti da li ili ne žele podići tužbu u ime kompanije. U principu, pristup američkog zakona je da odluka direktora da ne pokrene tužbu ne može biti dovođena u

⁵²⁰ A., Barak, op. cit., str. 28.

pitanje nakon što su sproveli pravilnu poslovnu procjenu. Ova pretpostavka neće biti aplicirana jedino u slučaju povrede fiducijarnih dužnosti od strane direktora koji treba da donesu odluku o podnošenju tužbe kada dolazi do intervencije suda, pod uslovom da je akcionarima predat zahtjev da pokrenu tužbu u ime kompanije.

Stoga, izgleda da pravilo „neometanja“ u interpretaciji američkog prava ide više u korist akcionarima, za razliku od engleske verzije. Ipak, uzimajući u obzir ovaj liberalni stav prema akcionarima, neki autori ukazuju na opasnost, zasnovanu na ekonomskoj stvarnosti SAD-a, od potencijalnih akcionarskih zloupotreba prava intervencije. U cilju izbjegavanja te opasnosti, konstruisan je čitav set pravila koja otežavaju akcionarima da izađu pred sud. Najvažnije od ovih pravila je to koje određuje da akcionar koji ima manje od određenog procenta kapital učešća, mora, po zahtjevu kompanije, osigurati adekvatne finansijske garancije za pokriće troškova kompanije u derivativnom postupku. Isto tako, kako bi se spriječile neosnovane tužbe sa ciljem postizanja poravnania o trošku kompanije, u nekoliko država je određeno da sporazum o poravnanju ima pravnu snagu samo ako je ratifikovan od strane suda.

Glavna odlika američkog prava je princip da akcionar ima pravo da interveniše u pravcu zaštite interesa kompanije tako što će podići tužbu protiv direktora koji krše svoje fiducijarne dužnosti. Iz tog razloga je derivativna tužba u američkom pravu proglašena kao najefektivniji vid zaštite „demokratije akcionara“. Međutim, glavne kritike usmjerene protiv ove procedure u SAD-u su da zakoni u vezi za obezbjeđenjem troškova nameću prevelik teret malim akcionarima koji podnose derivativnu tužbu, kao i nepostojanje adekvatnih pravnih lijekova u slučajevima kada akcionari zainteresovani za podnošenje tužbe ne raspolažu adekvatnim informacijama.⁵²¹

⁵²¹ ibid, str. 30.

2.3. Derivativne tužbe u njemačkom pravu

2.3.1. Karakteristike njemačkog korporativnog upravljanja

Tradicionalno, privredna društva u Njemačkoj (*Aktiengesellschaften*) strukturisana su na način koji se razlikuje od američkog modela. Većinu njemačkih korporacija kontroliše kontrolni većinski akcionar ili barem veliki broj akcionara.⁵²² Iz tog razloga se njemačko korporativno pravo manje fokusiralo na regulisanje konflikta između akcionara i direktora društva, a više na potencijalne konflikte koji mogu nastati u odnosima kontrolnog i manjinskih akcionara⁵²³. U njemačkom pravu postoji specijalizovano područje korporativnog upravljanja (*Konzernrecht*) koje se, između ostalog, fokusira na problematiku odnosa koja može nastati u vezi s transakcijama između korporacije i njenih kontrolnih akcionara. U tom smislu, *Konzernrecht* precizira neke od dužnosti

⁵²² M., Becht, E., Boehmer, Ownership and Voting Power in Germany, *The Control of Corporate Europe*, 2001, str. 128 – 153.

⁵²³ Prema njemačkom prava, pravni lijekovi koje stoje na raspolaganju članovima društva u njihovim međusobnim odnosima razlikuju se prema obliku društva. U pogledu akcionarskih društva (AG), pravni lijekovi jednog akcionara u odnosu na drugog dostupni su samo u izuzetnim slučajevima. Na primjer, zahtjev za nadoknadu štete se može ponijeti uslijed kršenja dužnosti lojalnosti (*Treuepflicht*). Međutim, treba naglasiti da je i sama dužnost lojalnosti regulisana u zavisnosti od tipa društva, budući da je u društvu sa organičenom odgovornošću ona strožije postavljena u odnosu na akcionarska društva, što se opravdava činjenicom da društva sa organičenom odgovornošću uglavnom nisu dizajnirana za veliki broj članova, pa prema tome dužnost lojalnosti igra važniju ulogu. Na primjer, njemački Savezni Vrhovni sud (*Bundesgerichtshof*) presudio je da akcionar može biti tužen za naknadu štete ako realizacijom svojih glasačkih prava spriječi razumno restrukturiranje društva vodeći se isključivo ličnim interesom. Sa druge strane, isti sud je presudio da neinformisanje članova društva sa ograničenom odgovornošću o visini naknada za rad direktora predstavlja kršenje dužnosti lojalnosti. Dakle, u primjeru akcionarskih društava kršenje dužnosti lojalnosti odnosi se na vršenje glasačkih prava pri odlučivanju o fundamentalnoj korporativnoj promjeni, dok se kod društava sa ograničenom odgovornošću radi o povredi prava na informisanje članova.; J., Reichert et. al., *Shareholders' Rights & Shareholder Activism*, 2019, dostupno na: <https://practiceguides.chambers.com/practice-guides/shareholders-rights-shareholder-activism-2019/germany> (datum pristupa: 28. decembra 2019.)

lojalnosti koje kontrolorni akcionari imaju prema manjinskim akcionarima. Na primjer, transakcije među povezanim društvima moraju biti razmotrene u godišnjem izvještaju koji pripremaju nezavisni revizori. Cilj ovog izvještaja je obezbjeđenje svojevrsne garancije da se transakcije među povezanim društvima odvijaju na pravnovaljan način. Ipak, treba istaći da se pomenuti izvještaj objavljuje samo nadzornom odboru, a ne i akcionarima.

Sa druge strane, pravila i principi koji regulišu sukob interesa između uprave i društva, su u njemačkom pravnom sistemu manje razvijeni nego u američkom pravu. Sa tim u vezi, potrebno je razlikovati opšta načela i posebna pravila kojima se konkretizuju opšta načela i fokusirana su na tačno određene situacije.

Polazište ove analize je razdvajanje izvršnog odbora (*Vorstand*) i nadzornog tijela - nadzornog odbora (*Aufsichtsrat*). Iako je ta razlika analogna razlici između unutrašnjih i spoljašnjih direktora u američkom pravu, prema njemačkom zakonu, ova dva seta direktora imaju značajno različite dužnosti i rade u različitim organima upravljanja. Članovi izvršnog odbora upravljaju poslovanjem društva i podliježu širokoj postavljenoj dužnosti zabrane konkurencije (§ 88 *Stock Corporation Act, Aktiengesetz*). U tom smislu, na primjer direktori ne mogu primiti ništa vrijedno od strane trećih lica u zamjenu za preduzimanje aktivnosti u vezi sa njihovim dužnostima u korporaciji. Isto tako, transakcije između izvršnih direktora i društva ne mogu biti odobrene od strane izvršnog odbora, budući da zakon ovu specifičnu dužnost dodjeljuje isključivo nadzornom odboru (§ 112 *Aktiengesetz*), a propisuje i stroge odredbe koje posebno regulišu ugovore o zajmu između društva i članovima njegovog upravnog odbora.⁵²⁴

Intencija njemačkog zakona je u obezbjeđenju nezavisnosti članova nadzornog odbora od izvršnog odbora, što se u najvećoj mjeri odvija putem dva mehanizma. Prvo, članove izvršnog odbora imenuje nadzorni odbor (§ 84 *Aktiengesetz*) i drugo - u kompanijama sa više od 2.000 zaposlenih, samo polovinu nadzornog odbora imenuju akcionari, dok drugu polovinu biraju zaposleni (u društvima sa između 500 i 2.000 zaposlenih, zaposleni imenuju jednu trećinu nadzornog odbora). Mogućnost izvršnog odbora da utiče na izbor predstavnika akcionara koji se nalaze u nadzornom odboru zavisiće od toga da li je društvo u javnom vlasništvu sa široko disperzovanom strukturom

⁵²⁴ § 89 Stock Corporation Act, and § 15 Banking Act (*Gesetz über das Kreditwesen*).

akcionarstva ili se radi o društvu sa jednim ili više dominantnih akcionara. U društvima sa većinskim akcionarom, oba organa će biti pod njegovim uticajem, dok će u kompanijama sa široko rasprostranjenom strukturom vlasništva izvršni odbor, naročito njegov predsjedavajući, redovno imati odlučujuću odluku pri izboru članova uprave, iako će u kasnijem izbor vršiti akcionari. Recipročno "milovanje ruku" između članova izvršnog i nadzornog odbora znatno usložnjava i činjenica da izvršni odbor ne može samostalno zastupati društvo u poslovima između člana nadzornog odbora i društva, već je u takvim situacijama dužna na zajedničko postupanje sa nadzornim odborom u cjelini. (§ 114 *Aktiengesetz*). Stavljanjem takvih transakcija u nadležnost nadzornog odbora, evidentno je da njemačko pravo koristi prvenstveno procesne instrumente za regulisanje slučajeva potencijalnog "poslovanja sa samim sobom" (*self-dealing*). Jedina izričita odredba koja se odnosi na sudsko preispitivanje visine naknada dodeljenih članovima izvršnog odbora ogleda se u propisivanju da njihova visina mora da bude „odgovarajuća“ (§ 87 *Aktiengesetz*). Međutim, ukoliko postoji osnov za podnošenje derivativne tužbe, sud može ispitati da li je sporna transakcija između člana uprave i društva odgovarajuća i izvršena na tržišnoj osnovi.

Treba istaći da se ovi procesni instrumenti koji se odnose na transakcije između direktora i korporacije tehnički primenjuju samo na članove izvršnog i nadzornog odbora, te se ne proširuju na druge transakcije povezanih lica, poput onih u koje su uključeni srodnici direktora ili privredna društva u kojima direktori imaju značajan udio. Međutim, njemački Kodeks korporativnog upravljanja („*GCGC*“ 22) propisuje da bi transakcije povezanih lica trebalo da budu odobrene od strane nadzornog odbora (stav 4.3.4. "*GCGC*"). Iako ne postoji direktna sankcija za kršenje njemačkog *GCGC*-a, u slučaju da nadzorni odbor ne spriječi transakciju sa povezanim licima, uslijed koje je društvo pretrpjelo štetu, nadzorni odbor će biti odgovoran za takvu štetu. Pored toga, ukoliko bi član uprave nezakonito raspolagao imovinom društva, npr. preusmjeravajući sredstva društva na drugo društvo u kojem posjeduje značajno kapital učešće, on bi prekršio svoju dužnost lojalnosti i stoga bio podložan građanskoj odgovornosti (§ 93 *Aktiengesetz*), a potencijalno i krivičnoj. Kao i u angloameričkim pravnim sistemima, njemačka pravna doktrina sadrži obavezu lojalnosti (*Treuepflicht*) koju članovi organa upravljanja duguju društvu i čije kršenje otvara pitanje odgovornosti za štetu koju je tom prilikom društvo pretrpjelo.⁵²⁵

⁵²⁵ T., Baums, K. E., Scott, Taking Shareholder Protection Seriously?, *Corporate Governance in the United States and Germany*, br. 119 (11/2003), Frankfurt, 2003, str. 7-9.

U slučaju da članovi nisu zadovoljni radom uprave društva, na raspolaganju su im različiti mehanizmi za vršenje uticaja u zavisnosti od tipa društva. U društvima sa ograničenom odgovornošću (GmbH), većinski članovi mogu da izvrše snažan uticaj na generalne direktore na način da skupština društva ima pravo da imenuje ili razriješi direktore ili im može dati instrukcije, te na taj način direktno uticati na donošenje poslovnih odluka. U akcionarskim društvima (AG) sredstva putem kojih akcionari mogu da izvrše uticaj na upravljanje kompanijom su ograničenija, budući da izvršni odbor akcionarskog društva imenuje nadzorni odbor, a ne generalna skupština. Nadalje, izvršni odbor ima pravo i dužnost da vodi poslove kompanije, na vlastitu odgovornost, bez pridržavanja uputstava generalne skupštine. Stoga je jedini način da akcionari bar indirektno utiču na izvršni odbor - izbor članova nadzornog odbora. Pored toga, postoje sredstva za kontrolu od strane akcionara, na način da generalna skupština akcionarskog društva imenuje posebnog revizora prostom većinom glasova koji sprovodi reviziju poslovanja društva. U ovom kontekstu postoji i zaštita manjine po kapitalu, jer u slučaju da predlog za imenovanje posebnog revizora ne bude usvojen na glavnoj skupštini, sud će, na odgovarajući zahtjev akcionara koji posjeduju akcije u vrijednosti od 1% osnovnog kapitala ili nominalne vrijednosti 100 000 eura, imenovati posebnog revizora.⁵²⁶

Uredbom Evropske komisije (*EC Regulation for a European Corporation, Societas Europaea*) propisano je da bi njemačkim kompanijama trebalo biti dozvoljena mogućnost izbora između dvodomne (nadzorni i upravni odbor) i jednodomne (upravnog odbora) upravljačke strukture.⁵²⁷ Evropska komisija je zauzela stanovište da bi u tom slučaju tržište moglo samo da odluči o odnosnim snagama i slabostima dvije upravljačke strukture. Pored toga, smatra se da su njemački nadzorni odbori prevelikog obima da bi efikasno izvršavali svoje zadatke, te bi trebalo raditi na redukciji broja članova u njima. U tom pogledu, sugerisano je da i upravni i nadzorni odbori njemačkih korporacija moraju prilagoditi svoje poslovanje međunarodnim praksama u

⁵²⁶ J., Reichert et. al., *Shareholders' Rights & Shareholder Activism*, 2019, dostupno na: <https://practiceguides.chambers.com/practice-guides/shareholders-rights-shareholder-activism-2019/germany> (datum pristupa: 15. decembra 2019.)

⁵²⁷ Council Regulation (EC) on the Statute for a European company (SE), br. 2157/2001 Official Journal of the European Communities, dostupno na: http://europa.eu.int/curex/en/archive/2001/1_29420011110en.html (datum pristupa: 11. novembra 2019.)

smjeru poboljšanja protoka informacija ka nadzornom odboru, bližoj saradnji oba odbora i većoj nezavisnosti članova nadzornog odbora. Pored toga, mnogi autori smatraju da bi njemački zakon trebalo reformisati i u pogledu lakšeg podnošenja tužbi zbog kršenja fiducijarnih dužnosti koje direktori duguju i društvu i akcionarima.⁵²⁸

2.3.2. Evolucija prava na podnošenje derivativne tužbe u njemačkom pravu

Članom 223 Opšteg njemačkog privrednog zakonika (*Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch*, u daljem tekstu: *ADHGB*), koji je usvojen 1884. godine, po prvi put u njemačkom korporativnom pravu omogućeno pravo akcionara da zahtijevaju od društva da podnese tužbu protiv člana uprave ili nadzornog odbora za akcionare koji je posjeduju 20% ili više učešća u osnovnom kapitalu društva. Kapital cenzus od 20% smanjen je na 10% kada je 1897. godine *ADHGB* reformisan u Privredni zakonik (*Handelsgesetzbuch*, u daljem tekstu: *HGB*).⁵²⁹ Slijedeća reforma ogledala se u donošenju *Aktiengesetz*-a čime je omogućeno da akcionari koji posjeduju 5% ili više kapital učešća podnesu tužbu protiv člana uprave ili nadzornog odbora. Ovaj mehanizam je zadržan u §§ 122-124 *Aktiengesetz*-u do njegove velike reforme nakon Drugog svjetskog rata 1965. godine, kada su tri stavaka spojena su u jedan (tada § 147 *Aktiengesetz* 1965.). Međutim, treba istaći da mehanizam koji se do tada razvijao u Njemačkoj nije bila derivativna tužba u današnjem smislu, već bi se najilustrativnije moglo kategorizovati kao pravo manjinskih akcionara da imenuju posebnog predstavnika koji će ih zastupati u postupcima pokrenutim protiv članova upravnog ili nadzornog odbora. Specijalni predstavnik bio je predstavnik akcionarskog društva, a ne manjinskih akcionara, te je stoga morao biti neutralan prilikom odlučivanja da li tužbu treba pokrenuti ili ne. Istovremeno manjinski akcionari nisu imali pravo na pravni lijek ako specijalni predstavnik odluči da ne pokrene tužbu. Dakle, ovo nije svodilo na derivativnu tužbu u kojoj specijalni predstavnik zastupa manjinske akcionare, već na modifikovan mehanizam obraćanja društvu da ostvari svoja potraživanja prema članovima upravnog ili nadzornog odbora. Tek sa reformom *Aktiengesetz*-a

⁵²⁸ T., Baums, K. E., Scott, op. cit., str. 42-47.

⁵²⁹ K., Schmidt, Verfolgungspflichten, Verfolgungsrechte und Aktionärsklagen: Ist die Quadratur des Kreises näher gerückt? Gedanken zur Reform der §§ 147-149 AktG vor dem Hintergrund der Juristentagsdiskussion des Jahres 2000, *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, 2005, str. 797.

2005. godine, došlo je do uvođenja prave derivativne tužbe omogućavanjem manjinskim akcionarima prava da samostalno podnose tužbu protiv člana uprave ili nadzornog odbora.⁵³⁰ Pomenuta reforma nastupila je kao rezultat napora da za obezbjeđenjem efikasnije zaštite manjinskih akcionara putem eliminacije destimulirajućih faktora za podnošenje derivativnih tužbi. U tom pogledu prvenstveno se istakao zahtjev za angažovanjem "posebnog zastupnika" čiji troškove moraju snositi akcionari podnosioci, pri čemu nisu u prilici da mu daju instrukcije za postupanje, za koji su mnogi autori istakli da predstavlja "neefikasnu, pa čak i bizarnu zakonsku konstrukciju."⁵³¹

Dakle, derivativna tužba relativno mlad je mehanizam korporativnog upravljanja u Njemačkoj, budući da je uvedena tek 2005. godine putem Zakona o korporativnom identitetu i reformi akcionarskih tužbi (*Law for Corporate Integrity and for the Reform of Shareholder Law Suits, Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts*). Njeno uvođenje rezultat je dugog razvoja koji se postepeno etablirao u cilju omogućavanja članovima društva prava da otvore pitanja odgovornosti članova izvršnog ili nadzornog odbora od prava da podnesu tužbu preko posebnog predstavnika manjinskih akcionara do prava na samostalno podnošenje tužbe.

2.3.3. Pozitivnopravna regulativa

Njemačko pravo razlikuje situaciju u kojoj se određeno postupanje direktora kvalifikuje kao „unutrašnja neregularnost“ od situacije u kojoj je došlo do kršenja fiducijarnih dužnosti. U slučaju kada je određeno postupanje direktora kvalifikovano kao „unutrašnja neregularnost“, radi se o direktnoj povredi prava člana društva, te on ima pravo da podnese direktnu individualnu tužbu protiv društva i tražiti naknadu štete. Tom prilikom sud može poništiti (*Nichtigkeitsklage*) ili oglasiti ništavom (*Anfechtungsklage*) spornu odluku direktora kojom je nanijeta šteta, vodeći računa o interesima trećih savjesnih lica.⁵³² U slučaju kršenja fiducijarnih dužnosti, društvo je

⁵³⁰ A. L., Eisen, Limitations on Derivative Actions in Germany and Japan to Prevent Abuse, *Derivative actions in Germany and Japan*, br. 34 (2012), 2012, str. 203.

⁵³¹ T., Baums, K. E. Scott, op. cit., str. 42-47.

⁵³² ibid, str. 37-40.

pogođena strana i stoga samo ona ima, kao nezavisno pravno lice, pravo na naknadu štete koju je pretrpjelo. Pošto i prema njemačkom zakonodavstvu pravo na pokretanje tužbe u ime društva pripada izvršnom odboru direktora (*Vorstand*), od kojeg je teško očekivati da će podnijeti tužbu protiv svojih članova, omogućeno je da, u slučaju kršenja fiducijarnih dužnosti, nadzorni odbor (*Aufsichtsrat*) inicira postupak. Ipak, uslijed potencijalne sumnje u nepristrasnost nadzornog odbora, odnosno njegove bliske povezanosti sa odborom direktora, skupština društva može prostom većinom donijeti odluku da društvo podnese tužbu protiv direktora koji je povrijedio dužnosti prema kompaniji. U ovom slučaju, skupština može izabrati i posebnog predstavnika (*Besonderer Vertreter*) koji će voditi postupak u ime društva. Međutim, ovdje se ne radi o derivativnoj tužbi, budući da se kao tužilac javlja samo društvo (iako postupak nije iniciran od strane izvršnog ili nadzornog odbora, koji su redovno ovlašćeni organi za podnošenje tužbi u ime društva), te je prema tom riječ o direktnoj tužbi.

Mogućnost da članovi društva podnesu derivativnu tužbu u ime društva zavisi od njegovog pravnog oblika. Članovi društva sa ograničenom odgovornošću (*GmbH*) imaju na raspolaganju takozvane „tužbe u ime društva“ (*actio pro socio*), koje se mogu podnijeti po odbijanju prethodnog zahtjeva od strane uprave društva, kao sredstvo zaštite manjinskih članova (koji ne mogu ni da imenuju ni da razriješe direktore, niti da daju uputstva kojima utiču na upravljanje društvom).

Prema postojećem njemačkom rješenju (§ 148 *Aktiengesetz*) članovi akcionarskog društva koji namjeravaju da podnesu derivativnu tužbi dužni su da prođu kroz preliminarni postupak sertifikacije prije podnošenja same tužbe.⁵³³ Preliminarni postupak sertifikacije je postupak u kojem su stranke manjinski članovi društva i članovi izvršnog ili nadzornog odbora koji su navodno prekršili svoje dužnosti, kao i privredno društvo koje je pozvano kao stranka u postupku. Ovdje možemo da vidimo da prejudicijelni postupak u Njemačkoj ima bitno različite karakteristike u pogledu uloge društva u odnosu na naš postupak po derivativnoj tužbi, gdje društvo nije stranka u postupku. Procesne pretpostavke koje se utvrđuju u preliminarnom postupku sertifikacije (opravdanosti tužbenog zahtjeva) su:

⁵³³ H. F., Muller, *Die Durchsetzung konzernrechtlicher Ersatzansprüche nach dem UMAG*, 2006, str. 728.

(1) Kapital učešće

Akcionari koji žele da podnesu derivativnu tužbu moraju da ispune uslov iz stava 1 člana 148 (1) *Aktiengesetz*-a koji propisuje kapital cenzus u iznosu od 1% učešća u osnovnom kapitalu društva ili akcije nominalne vrednosti 100 000 EUR.

Imajući u vidu naglašenu ulogu suda u postupku po derivativnoj tužbi, naročito postojanje prejudicijelnog postuka u kojem se razmatra opravdanost tužbenog zahtjeva, njemačka pravna teorija postavila je pitanje o neophodnosti ispunjenja uslova u pogledu kapital cenzusa i u samom prejudicijelnom postupku. Zaključak rasprave je da to ipak neophodno, iz razloga što i prethodni postupak u kojem sud donosi odluku o tome da li će nastaviti postupak, sam po sebi takođe može imati negativne efekte na društvo (naročito u pogledu reputacionog rizika), te bi pravo na podnošenje tužbe trebalo ograničiti i u odnosu na ovaj segment.⁵³⁴ Ipak, osnovni nedostatak kapital cenzusa kao procesne pretpostavke za podnošenje derivativne tužbe, je taj što je gotovo nemoguće utvrditi koji je konkretno procenat učešća u osnovnom kapitalu društva adekvatan da spriječi podnošenje nepotrebnih tužbi i pri tom predstavlja pravu mjeru interesa u društvu.⁵³⁵

(2) Neophodnost posjedovanja akcija prije sticanja saznanja o navodnom kršenju fiducijarnih dužnosti od strane članova upravnog ili nadzornog odbora

Akcionari moraju dokazati da su ih posjedovali prije saznanja o navodnom kršenju fiducijarnih dužnosti člana izvršnog ili nadzornog odbora. U slučaju da su informacije o tome objavljene u javnom glasilu, na akcionarima je teret dokazivanja da su posjedovali akcije prije njihovog objavljivanja. *Ratio legis* uspostavljanja ove procesne pretpostavke je u sprječavanju raznih

⁵³⁴ A. P., Carsten, Derivative Actions under English and German Corporate Law – Shareholder Participation between the Tension Filled Areas of Corporate Governance and Malicious Shareholder Interference, *European Company and Financial Law Review*, br. 1, 2010, str. 106.

⁵³⁵ M., Gelter, Why do Shareholder Derivative Suits Remain Rare in Continental Europe?, *ECGI – Law Working Paper*, br. 190, 2012, str. 857; J. Veličković, op. cit., str. 323-4.

zlouopotreba derivativne tužbe od strane članova društva putem naknadnog sticanja akcija u cilju podnošenja zahtjeva.

(3) Prethodni zahtjev društvu za podnošenje tužbe

Akcionari su dužni dokazati da su se članovima izvršnog ili nadzornog odbora prethodno obratili zahtjevom da društvo samo podnese tužbu i da je zahtjev odbijen ili po njemu nije postupljeno u razumnom roku (koji je po zakonu određen kao dva mjeseca). Imajući u vidu dvodomnost upravljačke strukture u njemačkim akcionarskim društvima, zahtjev mora biti podnjet ili izvršnom ili nadzornom odboru, u zavisnosti koji od njih u konkretnom slučaju ima nadležnost za podnošenje tužbe u ime društva.

(4) Iznošenje činjenica koje ukazuju na postojanje sumnje o navodnom kršenju fiducijarnih dužnosti

Pored navedenih preduslova, neophodno je da akcionari pred sudom iznesu činjenice koje ukazuju na postojanje sumnje da je društvo pretrpjelo štetu zbog navodnog kršenja fiducijarnih dužnosti od strane člana/ova izvršnog ili nadzornog odbora ili teže povrede zakona (§ 148 (1) *Aktiengesetz*). Pod težom povredom zakona se u ovom slučaju podrazumijevaju prvenstveno krivična djela. Ovdje se ne radi o slučajevima u kojima bi sud preispitivao odluke članova odbora iz ugla pravila poslovne procjene (*Business judgment rule*) iz člana § 93 *Aktiengesetz*-a, već o slučajevima koji prevazilaze preduzetničke pogrešne poslovne proteze i predstavljaju prilično ozbiljno kršenje fiducijarnih dužnosti, čije bi neprocesuiranje imalo loš uticaj po cijelu korporativnu i finansijsku zajednicu.

(4) Odsustvo preovlađujućih razloga za nepostupanje po prethodno podnijetom zahtjevu

Konačno, poslednji preduslov je postavljen negativno, a odnosi se na uvjerenje suda da ne postoje prevladavajući razlozi koji proizilaze iz sfere samog društva koji opravdavaju nepostupanje po prethodno podnijetom zahtjevu (§ 148 (1) *Aktiengesetz*). Smatra se da bi ovaj preduslov bio ispunjen u skoro svim slučajevima jer je teško zamisliti da postoje opravdani razlozi zbog kojih bi

društvo odustalo od zaštite svojih prava. U tom smislu termin „preovlađujući razlozi” upućuje da okolnosti moraju biti izuzetne i ekstremno rijetke.

U slučaju ispunjenja svih prethodno navedenih preduslova, akcionar je dužan da podnese derivativnu tužbu u roku od tri mjeseca od dana kada je odluka o sertifikaciji postala obavezujuća za pokretanje glavnog postupka. Da bi glavni postupak bio uspješno okončan, akcionar mora dokazati navode o kršenju fiducijarnih dužnosti od strane člana/članova izvršnog ili nadzornog odbora.⁵³⁶

2.3.4. Sudska praksa

Važna procesna implikacija preliminarnog postupka sertifikacije je da ukoliko sud donese odluku kojom utvrđuje opravdanost tužbenog zahtjeva, ona je obavezujuća za sve ostale članove društva i isključuje se mogućnost da neki drugi član društva naknadno podnese tužbu po istom činjeničnom i pravnom osnovu.

Takođe, za javna društva čije su akcije kotirane na berzi postoji obaveza informisanja javnosti o odluci kojom se utvrđuje opravdanosti zahtjeva za podnošenje derivativne tužbe, kao i ishoda postupka po njoj.⁵³⁷ Budući da postupak po derivativnoj tužbi dovodi do javnog objavljivanja informacija, što može potencijalno štetiti ugledu društva i posljedično njegovom poslovanju, prethodno je potrebno procijeniti koji pristup se čini ekonomski povoljnijim. U tom kontekstu se moraju uzeti u obzir brojni aspekti. Iako je član društva taj koji snosi teret troškova parničnog postupka, eventualna naknada štete u slučaju uspjeha tužbe pripada isključivo društvu. U takvom slučaju, iznos troškova člana društva može biti znatno veći od srazmjernog gubitka vrijednosti njegovih akcija/udjela, zato je logično da će član društva koji je zainteresovan za podnošenje tužbe obratiti pažnju na to da li su njegovi eventualni troškovi proporcionalni potencijalnoj koristi koja

⁵³⁶ A. L., Eisen, str. 203-5.

⁵³⁷ M., Vutt, Shareholder's Derivative Claim — Does Estonian Company Law Require Modernisation?, *Juridica International*, br. 15, 2008, str. 80.

se može ostvariti njenim uspješnim okončanjem. Glavni ekonomski problem koji se odnosi na derivativne tužbe je potencijalno smanjenje vrijednosti akcija/udjela samih članova do koga može doći posredno kroz pad reputacije društva uslijed podnijete tužbe. Iz tog razloga, bi sa pravno-ekonomskog stanovišta, za člana društva bi u nekim situacijama bilo ekonomski isplativije da proda svoje akcije, umjesto da izlaže sebe i društvo dugotrajnim postupkom sa neizvjesnim ishodom.⁵³⁸

Ovdje se treba posebno osvrnuti na jedan problem sa kojim se pozabavila njemačka i evropska sudska praksa, a tiče se procjene vrijednosti spora, jer od nje zavisi i iznos sudskih troškova kojima će stranke biti izložene. Naime, prilikom odlučivanja o opravdanosti podnošenja derivativne tužbe⁵³⁹, Viši sud u Kelnu poklonio je posebnu pažnju razmatranju odredbi Zakona o sudskim taksama (*Gerichtskostengesetz*) i zaključio da: “Osnovno ograničenje vrijednosti spora na 10% osnovnog kapitala stoji u suprotnosti potpunom razmatranju ekonomskih interesa stranaka i onda, kada je važnost predmeta posebno velika za obje strane. U tim slučajevima, međutim, povećanje vrijednosti iznad ograničenja na 10% osnovnog kapitala može biti opravdano.”⁵⁴⁰

Namjera podnosioca zahtjeva bila je da ostvari pravo na naknadu štete društvu (čija je vrijednost osnovnog kapitala bila 75000 eura) u iznosu od najmanje 100 000 eura za navodnu štetu u iznosu većem od 100 miliona eura. Budući da su se kao suparničari na strani tuženog našla dva člana izvršnog odbora, ukupna sporna vrijednost utvrđena je na 200 000 evra. Zahtjev za povećanje utvrđene vrijednosti spora imao je za cilj da poveća vrijednost na 30 miliona evra, uz obrazloženje da je društvo pretrpjelo štetu u iznosu od preko 100 miliona evra i da je prvostepeni sud odbio prijedlog poravnjanja u iznosu od 2 miliona eura kao prenisku sumu.

⁵³⁸ Američka osiguravajuća korporacija Advisen Ltd. analizirala je sudske odluke u postupcima po derivativnoj tužbi i zaključila da uprkos trendu porasta broja ovakvih postupaka, većina njih se okončavaju odlukama u korist tuženih. U onim slučajevima koji su okončani uspjehom tužioca, dosuđene naknade su bile veoma niske, a društvo je sa druge strane snosilo visoke troškove. Zaključak sprovedene analiza je da od derivativne tužbe koristi samo advokati.; dostupno na adresi: <https://www.advisen.com/company.html> (datum pristupa: 4. novembra 2019.); ibid, str. 82.

⁵³⁹ Oberlandesgericht Köln, br. 18 W 53/17, 27.02.2019.

⁵⁴⁰ § 53 Abs. 1 Nr. 4 GKG, dostupno na adresi: <https://dejure.org/gesetze/GKG/53.html>

Prema čl. 53 st. 1 GKG (Zakona o sudskim taksama) za procjenu vrijednosti predmeta spora mjerodavna su 3 kriterijuma: interes podnosioca zahtjeva za procjenu prema, osnovno ograničenje na iznos od 10% osnovnog kapitala (ili 500000 eura) i značaja spora za stranke. Shodno prva dva kriterijuma u konkretnom slučaju, vrijednost spora bila bi postavljena na 10% osnovnog kapitala akcionarskog društva, odnosno iznos od 7.500 eura, čime se može isključiti da je interes podnosioca zahtjeva bio ispod ovog iznosa. Sa druge strane, primjena trećeg kriterijuma omogućava značajno prekoračenje ovog iznosa, ali ne i određivanje procesne vrijednosti na iznos od 30 miliona eura, što je traženo u zahtjevu za povećanjem utvrđene vrijednosti. U jednoj ranijoj odluci⁵⁴¹ Okružni sud u Minhenu zauzeo je stav da bi u cilju zaštite interesa tužioca, za procjenu vrijednosti spora prednost trebalo dati iznosu pretrpljene štete, što bi opravdalo povećanje vrijednosti na 30 miliona eura, jer je podnosilac zahtjeva tvrdio da je tuženi društvu nanio štetu u iznosu od preko 100 miliona eura. Prema drugom mišljenju, bez obzira na udio člana društva koji je podnosilac zahtjeva, u preliminarnom postupku je za procjenu vrijednosti spora, dovoljno utvrditi samo dio visine štete, jer se tu samo odlučuje o opravdanosti tužbenog zahtjeva, a ne o meritornom rješavanju spora.⁵⁴²

Međutim, nijedan od ovih stavova nije dovoljno uvjerljiv, jer ne odgovaraju zakonskom ograničenju procesne vrijednosti na 10% osnovnog kapitala. U mjeri u kojoj se navodni iznos štete uopšteno smatra, iz citiranih odluka i komentara nije sasvim jasno ni da li bi to trebalo biti mjerodavno samo za procjenu interesa podnosioca zahtjeva ili za utvrđivanje same procesne vrijednosti. U ovom slučaju podnosilac zahtjeva je procijenio visinu pretrpljena štete na 100 miliona eura, ali je tražio samo naknadu u iznosu od najmanje 100 000 eura strane oba tužena. Ipak, u praksi ovo razlikovanje između pretrpljene štete i interesa podnosioca zahtjeva neće imati uticaja obzirom na osnovno ograničenje procesne vrijednosti na 10% osnovnog kapitala ili maksimalno 500.000 eura. Kao jedino opravdan zaključak nameće se da je navedeno ograničenje

⁵⁴¹ Okružni sud Minhen, LG München I, br. 5 HK O 12931/06, 29.03. 2007.

⁵⁴² Jäckel, BeckOK Kostenrecht, 24. Ed. 2018, § 53 GKG Rn. 18; dostupno na: https://beck-online.beck.de/?vpath=bibdata%2Fkomm%2Fbeckokkostr_21%2FGKG%2Fcont%2FBECKOKKOSTR%2EGKG%2EP53A%2Ehtm (datum pristupa: 2. novembra 2019.).

procijene vrijednosti spora, izraz tendencije zakonodavca da onemogući eventualnu spriječenost članova društva da podnose derivativne tužbe uslijed nesrazmjernog rizika od snošenja troškova.

Praksa Evropskog Suda za ljudska prava u Strazburu zauzela je stav da se radi o povredi prava na pristup sudu u slučaju kada je vrijednost spora procijenjena na previsoki iznos, te u tom slučaju troškovi postupka mogu premašiti iznos dosuđene naknade što može dovesti do situacije da u slučaju djelimičnog uspjeha postupka finansijska korist bude na strani tuženog uprkos činjenici da tužiocu pripada pravo na naknadu štete. Sud je zaključio da je svrha takvih pravila zaštititi tužene od previsokih zahtjeva tužioca koji znatno povećavaju advokatske troškove tuženih, a što se može smatrati ograničenjem koje ometa pravo na pristup sudu. U presudi "Klauz protiv Hrvatske" od 18. jula 2013. – konačna 9. decembra 2013., broj 28963/10, ESLJP je zauzeo stanovište koje se provlači u nizu drugih odluka: „Odlučno je da sudovi ne treba da primjenjuju mehanički odredbe Zakona o parničnom postupku kojima se propisuje naknada parničnog troškova, već da uzimaju u obzir sve okolnosti slučaja.”⁵⁴³ Izneseni stav ESLJP-a ne treba shvatiti kao podsticaj za odstupanje od zakonskih odredbi i uvođenje arbitrarnosti u odlučivanju, već da sud svoju odluku o troškovima postupka mora donijeti i obrazložiti uzimajući u obzir sve okolnosti konkretnog slučaja.

Naposlijetku, jedno od pitanja koje se iznova postavlja je u kojoj mjeri bi pravo privrednog društava na naknadu štete prouzrokovane kršenjem posebnih dužnosti direktora trebalo biti zaštićeno institutima poput derivativne tužbe ili su odredbe zakona drugih grana prava, posebno krivičnog, podobne da pruže adekvatnu zaštitu. Razmatrajući to pitanje, profesor Franklin Gevurtz sproveo je detaljnu analizu dva slična slučaja odgovornosti direktora iz dvije zemlje koje predstavljaju različite pravne sisteme - SAD i Njemačke⁵⁴⁴.

U oba razmatrana slučaja radilo se o isplati visokih otpremnina direktorima koje su izazvale sumnje u pogledu legitimiteta isplate. Studija slučaja u SAD bila je odluka Vrhovnog suda u Delaveru koji je postupao u drugostepenom postupku u slučaju *The Walt Disney Company*, po

⁵⁴³ G., Barać - Ručević, S., Ledić, *Troškovi parničnog postupka*, Zagreb, 2018, str. 24-30.

⁵⁴⁴ F. A., Gewurtz, *Disney in a Comparative Light*, *SSRN Electronic Paper Collection*, 2007, str. 1–38; dostupno na adresi: <http://ssrn.com/abstract=965596> (datum pristupa: 7. novembra 2019.)

derivativnoj tužbi za naknadu štetu koja je društvu nanijeta isplatom prekomjerne otpremnine jednom od direktora.⁵⁴⁵ Kao rezultat dugotrajnog postupka, sud je odlučio da nema osnova za nadoknadu, jer društvo nije pretrpjelo štetu.

Komparativni njemački primjer bio je slučaj *Mannesmann*, u kojem su članovi nadzornog odbora dodeljivali i isplaćivali prekomjerni bonus odlazećem direktoru zbog čega je protiv njih pokrenut krivični postupak zbog kršenja fiducijarne dužnosti (*Untreue*).⁵⁴⁶ Ovdje treba napomenuti da su slični razlozi uvedeni i u Krivičnom zakoniku Estonije amandmanom koji je stupio na snagu 2007. godine, § 2172 (1) Krivičnog zakonika sada definiše zloupotrebu povjerenja kao nezakonito korišćenje prava koje proizilazi iz zakona ili transakcija radi raspolaganja imovinom drugog lica ili preuzimanje obaveza prema drugom licu ili povredu obaveze da se poštuju finansijski interesi drugog lica ako je tom radnjom (koja ne sadrži neophodne elemente pronevjere) prouzrokovana velika šteta ali ne sadrži neophodne elemente pronevjere.⁵⁴⁷ Okružni sud u Dusseldorfu, kao prvostepeni sud, utvrdio je da su direktori zaista prekršili svoju dužnost prilikom dodjele bonusa, ali kako prema zakonu, kršenje fiducijarne dužnosti znači nanošenje značajne finansijske štete, a kompanija je u trenutku dodjele bonusa poslovala sa profitom i nije pretrpjela značajniju finansijsku štetu, odluka nadzornog odbora direktora nije sadržavala sve potrebne elemente nezakonitosti. Vrhovni sud Njemačke (*Bundesgerichtshof*) se nije se saglasio sa stavom nižeg suda i utvrdio je da kršenje fiducijarnih dužnosti ne zahtijeva znatnu štetu finansijskim interesima kompanije.⁵⁴⁸ Predmet je vraćen okružnom sudu, ali prije prvog ročišta između stranaka je

⁵⁴⁵ Delaware Supreme Court, *The Walt Disney Company Derivative Litigation*, br. 411, 2005.; dostupno na adresi: [http://courts.delaware.gov/opinions/\(wqdsib55g41131ajtaxpls55\)/download.aspx?ID=77400](http://courts.delaware.gov/opinions/(wqdsib55g41131ajtaxpls55)/download.aspx?ID=77400) (datum pristupa: 17. novembra 2019.)

⁵⁴⁶ Federal Supreme Court BGH (*Bundesgerichtshof*), br. 3 StR 470/04., 21.12.2005, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2006, str.522.

⁵⁴⁷ Karistusseadustik (6.06.2001. – RT I 2001, 61, 364; 2007, 31, 187).

⁵⁴⁸ § 266 (1) German Penal Code (*Strafgesetzbuch*) definiše kršenje fiducijarne dužnosti kao zloupotrebu prava raspolaganja imovinom (bez obzira na pravni osnov raspolaganja) ili zloupotrebu dužnosti na način koji nanosi štetu imovinskim interesima drugog lica.

postignut sporazum o poravnanju: naime, direktori su pristali da plate iznos od 5,8 miliona evra i slučaj je završen.⁵⁴⁹

Komparativna analiza ova dva slučaja pokazuje zanimljiv rezultat: iako su pravila o odgovornosti direktora (posebno u postupcima koji su inicirani od strane članova društva) na prvi pogled rigoroznija u Delavaru, u njemačkom primjeru sud je odlučio da isplata prekomjernog bonusa odlazećem direktoru predstavlja kršenje fiducijarnih dužnosti, dok su direktori *Disney*-a bili u potpunosti oslobođeni. U svakom slučaju, gore opisani primjer ostavlja utisak da je njemački krivični sud možda zanemario činjenicu da u slučaju da određena odluka direktora dovodi do negativnih posljedica po društvo (koja se u ovom slučaju ogleda u umanjenju imovine društva, iako nije došlo do ugrožavanja njegovog finansijskog stanja nije bilo ugroženo) ne podrazumijeva automatski i loše upravljanje.⁵⁵⁰ Takav rezultat može djelimično biti posljedica različitih vrsta postupka: sa jedne strane, državni tužioci po pravilu imaju veći kredibilitet od privatnih tužilaca, dok sa druge strane, krivični sud ima manje iskustva u građanskopravnim pitanjima, posebno prava privrednih društava, zbog čega ima uži prostor za diskreciju sa stanovišta pravila poslovne projene (*Business judgement rule*). Iz navedenog se može zaključiti da čak i u zemljama sa dugom tradicijom derivativne tužbe, primjeri sankcionisanja direktora njenom primjenom nisu naročito česti. To je možda i glavni razlog tendencija zakonodavstva mnogih zemalja za unapređenjem prava akcionara.

2.4. Derivativne tužbe u japanskom pravu

Derivativna tužba (*kabunushi daihyô soshô seido*) uvedena je u japansko korporativno pravo 1950. godine tokom reformi savezničkog perioda okupacije.⁵⁵¹ Derivatni postupak kakav je tada uveden još uvek postoji u japanskom Zakonu o privrednim društvima u obliku koji je imao nakon reforme

⁵⁴⁹ M., Vutt, Shareholder's Derivative Claim — Does Estonian Company Law Require Modernisation?, *Juridica International*, br. 15, 2008, str. 81.

⁵⁵⁰ F. H., Easterbrook, D. R., Fischel, *The Economic Structure of Corporate Law*, Cambridge, 1998, str. 99

⁵⁵¹ T., Fujita, Modernising Japanese Corporate Law: Ongoing Corporate Law Reform In Japan, *Singapore Academy of Law Journal*, br. 16, 2004., str. 322, 341.

2006. godine. Međutim, sve od njenog uvođenja pa sve do 1993. godine, derivativna tužba se rijetko srijetala u praksi.

Do velike promjene koja je dovela do porasta broja derivativnih tužbi u Japanu došlo je pravnom reformom koja je (uslijedila nedugo nakon presude Vrhovnog suda u Tokiju u slučaju *Asai v. Iwasaki et al*) dovela do znatnog smanjenja propisanih taksi za podnošenje derivativne tužbe. Naime, prije ove reforme, taksa za podnošenje tužbe određivala se vrijednošću spora, tj. visinom zahtijevane naknade štete, te je samim tim predstavljala veliko sredstvo odvracanja od podnošenja derivativne tužbe, posebno u slučajevima kada bi zahtijevana naknada bila visoka. Međutim, iako je upotreba derivativne tužbe porasla zbog nižih taksi za podnošenje, tokom godina su mnoge derivativne tužbe bile odbačene nakon što bi, na zahtjev tuženog, sud naložio tužiocu da položi određeni iznos na ime obezbjeđenja troškova postupka. Ovakva sudska praksa je prevladavajuća ukoliko bi sud *prima facie* stekao utisak da bi tužba imala male šanse za uspjeh.

Zakonodavni okvir derivativne tužbe u Japanu ponovo je izmijenjen 2001. godine kada je reforma Privrednog zakonika omogućila oslobađanje uprave od odgovornosti putem glasanja većinskih akcionara, odlukom odbora kada je za to nadležan putem akta o osnivanju društva. Na isti način se može ograničiti i iznos naknade štete koji se zahtijeva tužbom. Reforma je sa druge strane, dovela do proširenja kruga pasivno legitimisanih lica u derivativnim postupcima, te je osim direktora, obuhvatila i revizore, likvidacione upravnike i druge zaposlene u privrednom društvu.

Uslovi za podnošenje derivativne tužbe u Japanu su da (1) akcionar posjeduje akcije društva minimum šest mjeseci prije pokretanja postupka, pri čemu je dovoljno da posjeduje makar jednu akciju i da je (2) prethodno upućen zahtjev društvu da samo podnese tužbu za zaštitu svojih prava koji je odbijen ili po kojem nije postupljeno u roku od dva mjeseca od podnošenja. U pogledu drugog preduslova postavljen je izuzetak u smislu da ako postoji vjerovatnoća da bi čekanje odgovora na prehodni zahtjev od dva mjeseca dovelo do nastupanja nenadoknadive štete po društvo, derivativna tužba se može odmah podnijeti.⁵⁵²

⁵⁵² A. L., Eisen, op. cit., str. 213-6.

3. Tendencije ka djelimičnom ukidanju derivativnih tužbi

Zakonodavci, uključujući i donosioce sudskih odluka se već duže od jednog vijeka bave pitanjem mogućeg ukidanja derivativnih tužbi koje imaju tendenciju da donesu više štete nego koristi pravnom sistemu. U nastavku slijedi pregled do sada predloženih rješenja u tom pogledu.

3.1. Odbacivanje tužbi po kategorizaciji tužilaca

Prva vrsta odbacivanja bilo je odbacivanje koje eliminiše neke kategorije tužilaca, za koje se osnovano očekuje da će vjerovatnije podnijeti beskorisne nego korisne tužbe. Tom prilikom se pristupa razmatranju nekih od tipičnih karakteristika tužilaca u derivativnim postupcima, koje u najvećem broju slučajeva rezultiraju neuspjehom podnošenja tužbe.

3.2. Pravilo o pravovremenom posjedovanju akcija

Jedan od mehanizama kojim korporativna regulativa nastoji da identifikuje i stane na put ovakvim kategorijama tužilaca predstavlja uvođenje pravila o pravovremenom posjedovanju akcija kao procesne pretpostavke neophodne za pokretanje postupka po derivativnoj tužbi, o kojoj je bilo riječi u dijelu izlaganja o pretpostavkama za vođenje derivativnog postupka. U početku, ovo pravilo se pojavilo kao instrument za sprječavanje izmišljanja višestrukog državljanstva od strane federalnih sudova SAD-a⁵⁵³, da bi danas postepeno postalo usvojeno od strane skoro svih država u svijetu. Ipak, ne može se reći da je pravilo o blagovremenom posjedovanju akcija u vrijeme realizacije sporne transakcije univerzalni indikator potencijalno beskorisnih tužbi, budući da može

⁵⁵³ Hawes v. Oakland, 104 U.S. 450 (1881).

lako prerasti u sredstvo zaštite odgovornih lica od dovođenja u pitanje njihovog lošeg upravljanja.⁵⁵⁴

3.3. Doktrina "čistih ruku"

Još jedna vrsta odbacivanja po kategorizacija javlja se u slučaju kada se tužba odbacuje zbog toga što je tužilac "uprljao ruke" učestvujući u protivpravnim radnjama ili zbog toga što je tužilac imao povjerljiv odnos sa odgovornim licima koja su naznačena kao optuženi u tužbi.

Naime, doktrina "čistih ruku"⁵⁵⁵ je pravni princip koji nalaže da samo ona stranka koja nije učinila ništa pogrešno može izaći pred sud sa tužbom protiv druge stranke. Ako je stranka koja je podnijela tužbu postupala na nepravedan, nezakonit, nepošten ili na neki drugi način koji je nemoralan u odnosu na predmet koji je u pitanju, tada je prekršila pravičan princip i imala „nečiste ruke“⁵⁵⁶, budući da neko ko krši pravne norme ne može od njih tražiti i zaštitu. U ovom slučaju teret dokazivanja pada na tuženog koji tvrdi da kod tužioca postoji takva karakteristika koja ga čini nedostojnim za podnošenje tužbe.

Pozitivan rezultat odbacivanja ovakvih tužbi je moralna lekcija koju tužioci tom prilikom nauče, ali ona ipak nemaju praktičnu vrijednost prilikom klasifikacije korisnih od beskorisnih tužbi, budući da će se uvjerljivi dokazi rijetko naći na raspolaganju.⁵⁵⁷

⁵⁵⁴ E., Harbrecht, The Contemporaneous Ownership Rule in Shareholders' Derivative Suits, *U.C.L.A. Law Review*, br. 25, 1978, str. 1041.

⁵⁵⁵ Clean Hands: Everything You Need to Know, dostupno na: <https://www.upcounsel.com/clean-hands> (datum pristupanja: 27. januara 2019.)

⁵⁵⁶ L. S., Sealy: Company Law the Derivative Suit and the Shareholder with Unclean Hands, *The Cambridge Law Journal*, 1985, str. 368.

⁵⁵⁷ A. F., Conard, op. cit., str. 278.

3.4. Odbacivanje tužbi po osnovu obezbjeđenja troškova

Ublaženi oblik odbacivanja po kategorizaciji može se naći u zahtjevu da obezbjeđenje troškova postupka bude određena za tužioce koji posjeduju akcije u iznosu koji je manji od propisanog iznosa ili određenog procenta osnovnog kapitala društva (npr. 5%).

Do uvođenja ovog zahtjeva došlo je kroz reakciju na rezultat istraživanja koje je, ispred Privredne komore Njujorka sproveo Franklin Wood, pod nazivom “*Anketa i izvještaj o derivativnim parnicama akcionara*” (poznat kao “Woodov izvještaj”). Istraživanje je obuhvatilo oko 1,266 derivativnih tužbi koje su podnijeli akcionari u okrugu Njujorka, Kings County i Okružni sud Sjedinjenih Država između 1932. i 1942. godine. Iako je izvještaj definitivno istakao troškove, probleme i zloupotrebe vezane za derivativne parnice, posle određenog vremena izgubio je na značaju zbog nedostatka nepristrasnosti i objektivnosti. Cilj istraživanja je bio „da odredi opravdanost mogućih zakonskih izmjena i procedura koje bi olakšale otklanjanje nepravilnosti u korporativnom poslovanju, ali i redukovale neosnovane i skupe derivativne postupke ovog tipa.”⁵⁵⁸ U realnosti je ovaj izvještaj ignorisao dio koji se odnosi na „ispravljanje nepravilnosti u korporativnim aferama“ i sveo se na prostu konstataciju o „navodnoj potrebi za redukcijom broja derivativnih postupaka pokrenutih od strane akcionara.“ Uprkos ovoj očiglednoj pristrasnosti, istraživanje je imalo ogroman uticaj jer je navelo zakonodavstvo Njujorka da ozakoni prvi statut o „obezbjeđenju troškova“, kao jednu od “najrepresivnijih prepreka sa kojima se suočavaju akcionari – tužioci u derivativnim postupcima”.⁵⁵⁹

Naime akcionari koji se nalaze ispod ovih propisanih pragova subjekti su obaveze polaganja obezbjeđenja predvidljivih parničnih troškova, što ima odvrćajući uticaj na podnošenje derivativnih tužbi. U praksi, ovaj zahtjev neće imati mnogo uticaja kod javnih društava kapitala zbog toga što sudovi redovno dozvoljavaju tužiocima da dostignu propisani prag združivanjem

⁵⁵⁸ F. Wood, *Special Committee on Corporate Litigation of the Chamber of Commerce of the State of New York, Survey and Report Regarding Stockholders' Derivative Suits*, New York, 1944, str. 98.

⁵⁵⁹ D. J., Dykstra, *Revival of the Derivative Suit*, *University of Pennsylvania Law Review*, br. 116, 1967, str. 77

akcija (čak i akcije tužilaca koji su se pridružili postupku nakon što je tužba podnijeta), ali ovaj zahtjev će vjerovatno biti moćan instrument eliminisanja u privatnim društvima kada se ne mogu pronaći drugi akcionari koji bi bili spremni da se pridruže inicijatoru postupka.

Na osnovu navedenog, može se zaključiti da iako svaki od instrumenata karakterizacije ima neku legitimnu svrhu, nijedan od njih nije univerzalno prikladan za odvajanje korisnih od beskorisnih derivativnih tužbi. Činjenica da je tužilac nedavno kupio svoje akcije, da je ranije bio saradnik tuženih ili da posjeduje akcije zanemarljive nominalne vrijednosti ne može imati nikakve logične veze sa ravnotežom troškova i koristi tužbe u ime društva protiv tuženih.⁵⁶⁰

3.5. Odbacivanje tužbi po osnovu preliminarne sudske procjene

Na osnovu zakona države Kalifornije, tuženi može zahtijevati od suda preliminarno donošenje odluke u vezi sa tim da li postoji razumna mogućnost da će korporacija ili njeni akcionari imati koristi od daljeg procesuiranja tužbe. Ukoliko sud utvrdi da tužilac nema nikakve realne šanse za uspjeh u sporu, obavezuje ga da položi obezbjeđenje. Ovom odlukom se obično određuje i da li će se nastaviti sa postupkom, pošto je malo vjerovatno da će tužioci položiti obezbjeđenje nakon što sud pred kojim moraju da nastave sa postupkom odluči da ne postoji realna mogućnost za njihov uspjeh u njemu. Kako bi se odredilo da li tužba ima razumnu mogućnost za uspjeh, sudija mora ispitati većinu istih dokaza koje bi ispitivao i u slučaju kada bi meritorno odlučivao o ishodu predmetnog spora.

Takođe, kod relativno malog broja tužbi, sudija neće biti u mogućnosti da odredi da li postoji osnovana mogućnost za uspjehom tužbe, pa se ako u tom slučaju tužilac može pripremiti izjave pod zakletvom postavljajući bitna činjenična pitanja, slučaj će nastaviti da se odvija. U tim slučajevima, kada se nastavlja sa tužbom, optuženi će na ročištu ponovo morati da podnesu iste

⁵⁶⁰ *Security for Expenses in Shareholders' Derivative Suits: 23 Years' Experience, Columbia Law School News*, br. 50, 1968, str. 50, 62-63.

dokaze koji su već bili pregledani u postupku preliminarne sudske procjene.⁵⁶¹ To znači da u praksi, zahtjevi optuženih za preliminarom procjenom od strane suda dovešće ih do toga da umesto na jednom, učestvuju na dva suđenja, što umjesto planirane redukcije dovodi do uvećanja parničnih troškova.

3.6. Odbacivanje tužbi po prijedlogu Parničnog odbora nezavisnih direktora

Najnoviji razvoj regulisanja derivativnih tužbi je odbacivanje na zahtjev društva u skladu sa predlogom parničnog odbora nezavisnih direktora da tužba nije u najboljem interesu društva. Glavna prednost ovog instrumenta je njegov potencijal za odbacivanjem tužbi čija je osnovna svrha dovođenje u neprijatnost i reputacioni rizik uprave društva.⁵⁶²

Osnovna slabost ovog mehanizma oslanjanja na predloge odbora nezavisnih direktora ogleda se u tendenciji odbora da donosi odluke o odbacivanju korisnih tužbi isto koliko i onih štetnih⁵⁶³, budući da će odluke o predlogu za odbacivanje, donositi najviše po osnovu straha od potencijalnih troškova postupka za društvo i tužene direktore, kao i preusmjeravanja vremena rukovodioca sa svakodnevnih poslovnih aktivnosti na vođenje derivativnog postupka. Iz tog razloga oni često mogu i sugerisati neophodne promjene u načinu formulisanja poslovnih odluka, koje bi i sud odredio, ali uz mnogo niže troškove.

Međutim, takav mehanizam pokazuje izvjesne slabosti. Na primjer, po presudi iz Njujorka, formulisanjoj u slučaju *Auerbach*, čak i najkorisnije tužbe na taj način mogu biti lako odbačene,

⁵⁶¹ A. F. Conard, op. cit, str. 285.

⁵⁶² Ovaj potencijal je detaljno prikazan u nekim slučajevima gde su direktori i službenici tuženi za odluke koja su prethodno razmatrane na Parničnom odboru zu predloženo odbacivanje tužbe, nakon sprovedene istrage pozvani na odgovornost od strane Komisije za hartije od vrijednosti; A. F., Conard, op. cit, str. 279.

⁵⁶³ C., Steinberg, The Use of Special Litigation Committees to Terminate Shareholder Dervative Suits, *Miami Law Review*, br. 35, 1980, str. 300.

što bi za posljedicu imalo nepodnošenje takvih tužbi ubuduće.⁵⁶⁴ Druga slabost odbacivanja na zahtjev nezavisnih direktora leži u tome što značajni troškovi i „nepotrebno“ preusmjerenje resursa mogu nastati u svakom slučaju i pored odbacivanja tužbe, budući da neki od njih nastaju svakako i prije nego što postupak dođe u fazu ispitivanja od strane odbora nezavisnih direktora. Da bi se obavilo to ispitivanje, potrebna je procjena velikog broja pisanih dokaza, koje će korporativni direktori i njihovi advokati biti u obavezi da prikupe. U skladu sa Kalifornijskim postupkom za preliminarnu procjenu vjerovatnoće uspjeha spora, doći će do mini „suđenja“ kako bi se odlučilo da li je pravo suđenje potrebno. Na taj način će i beskorisna tužba nametnuti velike troškove društvu, a indirektno i investitorima, zaposlenima ili klijentima.⁵⁶⁵

Ukratko, odluka nezavisnih direktora čini se nedjelotvornim načinom za odbacivanje derivativnih tužbi. Ovaj instrument eliminisao mnoge povoljne tužbe zbog „popustljivosti“ i naklonosti koju sudije njeguju u odnosu na mišljenja nezavisnih direktora. Na isti način, korisne tužbe koje mogu da prevaziđu ovu prepreku biće opterećene dodatnim troškovima dvostrukog suđenja - jednog gde bi se odlučilo da li se sa tužbom nastavlja i drugog gde se odlučuje da li je tužba osnovana.⁵⁶⁶

3.7. Praksa sudova u Engleskoj - odbacivanje na osnovu procjene u odnosu na nominalne tužioce

Kritičari su konstantno predlagali da bi sudovi u SAD-u trebalo da usvoje „englesko pravilo“ koje predviđa da su tužiocima odgovorni za naknade advokata tuženih u slučajevima kada tuženi dobiju slučaj. To prevođenje engleskog pravila u praksu u sistem u kojem svaka stranka sama snosi troškove svog učešća u postupku, bilo je veoma složeno, sa obzirom na to da su naknade za koje su u Engleskoj odgovorni oni koji izgube slučaj bile znatno strože kontrolisane od naknada koje advokati u SAD-u naplaćuju svojim klijentima.⁵⁶⁷

⁵⁶⁴ *ibid*, str. 301.

⁵⁶⁵ Kao što je Apelacioni sud primijetio, koji dokazi će biti potrebni u tu svrhu zavisiće, svakako, od prirode određenog ispitivanja, a odgovarajući uvid u dokaze na zahtjev akcionara, sa druge strane, će se odnositi na navode date od strane samih korporacija.; A. F., Conard, *op. cit.*, str. 281.

⁵⁶⁶ *ibid*, str. 282.

⁵⁶⁷ G., Goodhart, *Costs*, *Yale Law Journal*, br. 38, 1929., str. 849, 856-58

Međutim, osnovna poteškoća ovog sistema je da se tužioci ne mogu kriviti za neosnovane tužbe. Na kraju krajeva, njihovi advokati su, na osnovu svog specijalizovanog znanja i stečenog iskustva, bili ti koji su im mogli staviti do znanja da li je tužba opravdana ili ne, ukoliko je u konkretnom slučaju unaprijed bilo moguće dati takvu ocjenu. Malo je vjerovatno da će nominalni tužioci zaobići sugestije svojih advokata po tom pitanju, pa sa tim u vezi, kažnjavanje tužioca može umanjiti povjerenje u advokate, ali neće imati puno uticaja na podnošenje derivativnih tužbi.⁵⁶⁸

Prethodno sprovedena analiza pokazuje da su instrumenti koji se najviše koriste u svojstvu argumenata za odbacivanje derivativnih tužbi redovno neuspješni i neefikasni. Naime, pored uvijek prisutne mogućnosti da će njihova primjena dovesti do odbacivanja korisne tužbe i time potencijalnog gubitka po društvo, oni redovno ni ne uspijevaju da odbace tužbe koje su podnijete isključivo u cilju uznemiravanja i ucjenjivanja.

Ipak, koji će od prethodno navedenih instrumenata biti smatran najefikasnijim u velikoj mjeri zavisi od odgovora na pitanje koliko uspješno poslovni svijet funkcioniše bez spoljnih intervencija. Dok pojedini autori smatraju da poslovni svijet funkcioniše veoma dobro uz minimum eksternih intervencija, drugi vide potrebu za povećanjem nadzora u cilju dostizanja većih standarda kvaliteta u radu uprave. Izbor zavisi i od pitanja koliko su sudije u konkretnom slučaju realno sposobni da dođu do pravih rješenja. Ukoliko postoji vjerovatnoća da će sudovi donijeti nepravilnu odluku u pogledu utvrđivanja odgovornosti loših poslovnih odluka direktora, može biti pričinjeno više štete nego koristi dajući im za pravo da to i urade. U pitanju nije samo profitabilnost investiranja akcionarskog kapitala ili čak efikasnost poslovanja društva u pitanju, već i kredibilitet uprave. Ovo iz razloga što ako se smatra da uprava nekažnjeno potkrada i vara svoje akcionare, steći će se opravdan utisak da se još lošije i sa manje obzira ponašaju prema zaposlenima, klijentima ili

⁵⁶⁸ A. F., Conard, op. cit, str. 283-4.

poslovnim partnerima⁵⁶⁹, što će sve u konačnom zbiru dovesti do gotovo nepovratnog gubitka kredibiliteta.

1. Tendencije ka potpunom ukidanju derivativnih tužbi

Uvažavajući značaj i razmjere ovih nedostataka, neki autori govore u prilog potpunom ukidanju instituta derivativne tužbe riječima:

„Da li je ovo kraj derivativnih tužbi akcionara? Nekada opisane kao “najvažnija procedura koju je zakon razvio da bi se sačuvali unutrašnji poslovi korporacije”⁵⁷⁰, derivativne tužbe se danas redovno prikazuju kao besmislene tužbe čiji su “prvenstveni korisnici... advokati⁵⁷¹”.

"Kao heroina na subotnjem matineu, derivativna tužba se u više navrata našla na ivici katastrofe. Usvajanje pravila obezbjeđenja troškova, a čak i pooštavanje uslova za podnošenje bilo je proglašeno kao “posmrtno zvono” derivativnih tužbi... Posljednju prijetnju derivativnoj tužbi predstavlja ustanovljenje parničnih odbora nezavisnih direktora koji ih mogu odbaciti u svakom momentu kao beskorisne i u suprotnosti sa interesima kompanije".⁵⁷²

Manje žustre kritike dolaze iz redova onih koji tendenciju ka ukidanju derivativnih tužbi pravdaju eliminisanjem potrebe za njima uslijed pojave novih modernih oblika reprezentativnih tužbi koje obavljaju veći deo posla derivativnih tužbi.⁵⁷³ U isto vrijeme, u SAD-u sveprisutan je trend jačanja

⁵⁶⁹ *ibid*, str. 285.

⁵⁷⁰ R., Kraakman et al., *When Are Shareholder Suits in Shareholder Interests?*, *GEO Law Journal*, br. 82, 1994, str. 1733.

⁵⁷¹ R., Romano, *The Shareholder Suit: Litigation Without Foundation?*, *Journal Law Economy&Organizations*, br. 7, 1991; str. 55-65

⁵⁷² J. D., Cox, *Searching for the Corporation's Voice in Derivative Suit Litigation: A Critique of Zapata and the ALI Project*, *Duke Law Journal*, 1982, str. 959-960.

⁵⁷³ Kolektivne tužbe vezane za prevare u poslovanju u velikoj meri se bave pravnim zahtjevima koji postavljaju pitanja u vezi rada uprave, a kolektivne tužbe za povredu fiducijarnih dužnosti u skladu sa državnim zakonima predstavljaju glavni instrument parničnog postupka kojim se rešava zlonamjerno

nezavisnosti direktora za javne kompanije, što će u većoj mjeri otežati da derivativne tužbe prevaziđu proceduralne izazove u skladu sa postojećim zakonskim pravilima. Povećana nezavisnost odbora ima dva efekta koja moraju biti razmotrena. Prvi se tiče limitiranjem mogućnosti za oslobođenjem od obaveze podnošenja prethodnog zahtjeva ukazivanjem na pristrasnost i postojanje sukoba interesa odbora ukoliko ima više nezavisnih direktora u njegovom sastavu (budući da tužilac u tom slučaju teško može navesti činjenice koje ukazuju na to da većina članova odbora direktora ima lični interes u predmetnom poslu ili da određena transakcija nije proizvod validne primjene pravila poslovne procjene). To će vjerovatno voditi do još porasta broja odbacivanja derivativnih tužbi zbog nemogućnosti podnošenja zahtjeva. Sa druge strane, nezavisniji odbori mogu, na prvom mjestu, pomoći kompanijama, što bi bilo od koristi akcionarima eventualnim smanjenjem broja povreda posebnih dužnosti.⁵⁷⁴

Uprkos svim navedenim poteškoćama, autori koji vjeruju u opstanak derivativnih tužbi nazivaju ih „pravnim ekvivalentom devet mačijih života“⁵⁷⁵ ističući da su preživjele snažne reformske pokrete i 1940-ih i početkom 1980-ih⁵⁷⁶ i nastavile da bitišu u privrednom životu do današnjeg dana.⁵⁷⁷

upravljanje u postupku spajanja i preuzimanja.; B, Thompson, R. S., Thomas, *The Public and Private Faces of Derivative Lawsuits*, *Vanderbilt Law Review*, br. 57. 2004, str. 1747.

⁵⁷⁴ *ibid*, str. 1748.

⁵⁷⁵ Kao i mačka u poslovici, derivativne tužbe su bile proglašene “mrtvim” u brojnim situacijama, samo da bi kasnije “oživjele” sa obnovljenom snagom.; "Derivativna služba akcionara se danas suočava sa nestankom (“izumiranjem”)... Prije trideset i nešto godina, tumači su predvidjeli propast i nestanak derivativnih tužbi kada je državno zakonodavstvo počelo da usvaja statute obezbjeđenja troškova...”; J. C., Coffee, D. E., Schwartz, *The Survival of the Derivative Suit: An Evaluation and a Proposal for Legislative Reform*, *Columbia Law Review*, br. 81, 1981., str. 261;

⁵⁷⁶ G. W., Dent, *The Power of Directors to Terminate Shareholder Litigation: The Death of the Derivative Suit?*, *New York Law Review*, br. 75, 1980, str. 96.

⁵⁷⁷ B. Thompson, R. S. Thomas, *op. cit*, str, 1750.

2. Vaskrsnuće derivativnih tužbi

Razmjere potencijala pravne zaštite derivativnih tužbi, kao i njihov rastući pravosudni i legislativni značaj najbolje ilustruju pojedine presude donijete u postupcima po njima koje su inicirale niz pozitivnih promjena u pravilima buduće pravne prakse i doprinijele povećanju fleksibilnosti u tehničkoj strukturi budućih derivativnih postupaka.

Uticaj presuda i odluka u derivativnim slučajevima kao što su *Caremark*⁵⁷⁸, *Disney*⁵⁷⁹, i *Oracle*⁵⁸⁰ prevazilaze okvire samih slučajeva. Podaci iz studije korporativnih parničnih postupaka u Delaveru u toku dvogodišnjeg perioda pokazuju da je veoma mali broj derivativnih tužbi podnijetih u slučaju javnih društava i da među njima nije zapažen nijedan dokaz koji govori u prilog tome da one predstavljaju “ucjenjivačke tužbe” koje donose malo koristi (što je jedan od najčešće isticanih argumenata koji govori u prilog ukidanju derivativnih tužbi). Naprotiv, studija pokazuje da je oko 30% derivativnih tužbi rezultiralo dosuđivanjem naknade kompanijama, dok su ostale bile odbačene ili odbijane prilično brzo, uz vrlo malo očiglednih aktivnosti u postupku. U slučajevima u kojima je bila omogućena i direktna *pro rata* nadoknada akcionarima, iznos te nadoknade obično nije prevazilazio iznose advokatskih naknada u značajnoj mjeri. Ovi slučajevi predstavljaju indicije agencijskih troškova parničnog postupka, ali svaki od ovih troškova je mnogo manje izražen kod derivativnih tužbi nego kod drugih vidova reprezentativnih parničnih postupaka. Sve u svemu, tvrdnja da su derivativne tužbe tipično ucjenjivačke tužbe sve više jenjava i može se zaključiti da je danas znatno slabija nego u ranijim periodima.

Malo ko bi osporio da derivativne tužbe imaju važnu ulogu u korporativnom upravljanju, zbog čega je lako zaključiti da bi za zakonodavce preveliki zalogaj bilo ukidanje derivativnih tužbi.

⁵⁷⁸ *Caremark Int'l. Inc. Derivative Litig.*, 698 A.2d (Del. Ch. 1996). U ovom slučaju sud je presudom naložio kompaniji obavezu uvođenja internog sistema kontrole rada odbora.

⁵⁷⁹ *The Walt Disney Co. Derivative Litig.*, 825 A.2d (Del. Ch. 2003).

⁵⁸⁰ *Oracle Corp. Derivative Litig.*, 824 A.2d (Del. Ch. 2003). U ovom slučaju sud je utvrdio da kod profesora koji su bili angažovani u Parničnom odboru nezavisnih direktora nije postojala nezavisnost, obzirom na jake finansijske veze između univerziteta i kompanije.

Naspram ranijih vremena, čvrste proceduralne granice koje danas postoje održale su troškove parničnog postupka niskim kod modernih derivativnih tužbi. Pravosuđe Delavara, pred kojim se vodi većina parničnih postupaka javnih kompanija, efektivno je pratilo ove slučajeve u svjetlu postojećih kritika i izvelo je zaključak da iako institucionalni akcionari, nemaju volje da preuzmu tako veliku ulogu u svakodnevnom donošenju poslovnih odluka mogu biti spremni da preuzmu veću ulogu u derivativnim parnicama, čime bi se kvalitet derivativnih tužbi podigao na veći nivo. Stoga, perspektiva razvoja derivativnih tužbi je obećavajuća zbog čega je logično očekivati i jačanje njihove uloge u budućnosti.⁵⁸¹

3. Perspektiva razvoja derivativnih tužbi

Komentarišući značaj derivativnih tužbi, jedan analitičar je istakao da su upravo one „najvažnija procedura koju je zakon do sada razvio kako bi rješavao interne probleme korporacija.“⁵⁸² O istoj temi, sudija Rifkind, iako je istakao da su takve tužbe generalno „spore, dosadne i skupe za sve stranke upletene u njih,“ priznao da su, uprkos brojnim zloupotrebama koje su se razvile u vezi sa njima, derivativne tužbe postigle mnogo u upravljanju korporativnim sistemima. One su obučile korporativne direktore o značaju fiducijarnih dužnosti i potpune lojalnosti. One su akcionarima ulile povjerenje u rad uprave. One su odvratile lica koja nisu iskreno zainteresovana za korporaciju od članstva u odborima... Iz tog razloga mjera efektivnosti derivativnih tužbi se ne može odrediti jednostavnim proračunom dosuđenih naknada štete u postupcima okončanim uspjehom tužioca, jer je kolateralni efekat takvih tužbi, bez sumnje, daleko obimniji i obuhvata mnoge posljedice koje se ne mogu kvantifikovati. Isto tako, korporativni advokati sada imaju daleko veći arsenal autoriteta da potkrijepe svoje upozoravajuće savjete klijentima koji mogu biti skloni izbjegavanju odgovornosti”⁵⁸³

⁵⁸¹ B. Thompson, R. S., Thomas, op. cit., str. 1755.

⁵⁸² E., Rostow, op. cit., str. 48.

⁵⁸³ *Brendle v. Smith*, 46 F. Supp. 522 (S.D.N.Y. 1942).

Nasumično ispitivanje približno 325 derivativnih tužbi potvrdilo je validnost opservacija sudije Rifkinda. Ono prikazuje brojne slučajeve u kojima su akcionari uspješno naveli dobre osnove za podnošenje derivativne tužbe zbog: prekomjernih naknada članova odbora, izdavanja akcija bez i nedovoljnog razmatranja, zloupotreba poslovnih prilika korporacije, tajnih zarada, neumjerenih opcija za kupovinu akcija, neispunjenja ugovorenih obaveza, nezakonitih isplata za akcije drugih korporacija, nesmotrene pozajmice i zloupotrebe ogranka od strane matičnog preduzeća. Iako je ovaj katalog lošeg ponašanja „stara stvar“ advokatima koji su upoznati sa korporativnim aktivnostima, on ipak služi kao podsjetnik da derivativna parnica svakodnevno igra ulogu „korporativnog policajca“. Moguće je postojanje nekih njenih alternativa, ali do sada nije uvedena nijedna koja bi se mogla implementirati sa podjednakim uspjehom.⁵⁸⁴ Zbog toga što je privrednom životu neophodan takav „policajac“, derivativna parnica odolijeva već više puta izricanoj smrtnoj presudi.

Dešavanja u poslednjih nekoliko decenija dodatno su naglasila tu potrebu. Ova dešavanja su možda najbolje sažeta u opservaciji profesora Berlea po kojoj se od 1932. „težnja dominaciji kolektivnog kapitalizma kojeg nazivamo „korporativni sistem“ nastavila nesmanjenim tempom.“⁵⁸⁵ Kao dokaz ovog zaključka, Berle spominje značajno povećanje broja akcionara i sve veće uloge koju igraju korporativne hartije od vrijednosti u vidu komponente individualnog bogatstva. Njegova analiza ovih činjenica jača tezu da je korporativna ekonomija, uveliko, odvojila vlasništvo od kontrole. Prema njegovim navodima: „većina „vlasnika“ poseduje akcije, štednje, osiguranja, udjele u penzionim fondovima i slično, ali nad njima ne ostvaruju efektivnu kontrolu”⁵⁸⁶.

Iako su stavovi profesora Berlea bili izloženi stalnim napadima, veliki broj autora je kasnije potvrdio njegovu tezu o odvajanju vlasništva od kontrole koje je uslijedilo kao plod industrijske revolucije, dokazavši da je ona na čvrstom tlu u pogledu činjenice da se ponor između ovo dvoje

⁵⁸⁴ B., Thompson, R. S., Thomas, op. cit, str. 1766.

⁵⁸⁵ A., Berle, G., Means, The Modern Corporation and Property, London, 1932, str. 35.

⁵⁸⁶ ibid.

sve više širi.⁵⁸⁷ Uzimajući u obzir kompleksni i sofisticirani svijet u kome korporacije moraju poslovati, centralizacija donošenja odluka je razumna i potrebna. Međutim, samo zato što je takva centralizacija razumna i potrebna, ne znači da može biti ignorisana. Način na koji se moć donošenja odluka koristi je važan za sve nas, i može povećati odgovornost onih koji upravljaju za korišćenje te moći.⁵⁸⁸

U kontekstu te odgovornosti moramo posmatrati derivativne tužbe. Činjenica je da kako se glas vlasnika gubi, potreba za oprezom se povećava, i zajedno sa tim oprezom mora postojati i adekvatni instrument kojim bi se oni što zloupotrebljavaju tu moć izveli pred pravdu. Takav je slučaj sa derivativnom tužbom. Iako je ona čudan, skup i zamršen mehanizam, nastavlja da bude “glavni regulator korporativnog upravljanja”. Separacija vlasništva od uprave i njena povećana koncentracija moći, čine derivativnu tužbu sve većom potrebom. Te okolnosti dalje diktiraju da zakonodavci i sudovi pažljivo razmisle o preprekama efektivnog sprovođenja derivativnih tužbi. Kao što je sudija Frank istakao: “Privredi poput naše, koja uspijeva zbog činjenice da hiljade pojedinaca skromnih sredstava investiraju u akcije korporacija, neće mnogo služiti ako naši sudovi svaku tužbu manjinskih akcionara posmatraju sa sumnjom i željom da ih odvrte od takvih tužbi, primjenjujući nesvakidašnje stroga pravila, tako da onemogućavaju detaljna ispitivanja loših ponašanja uprave i kontrolnih akcionara. Nesrećna posljedica će biti da će oni koji imaju kontrolu steći imunitet nad efektivnim napadima na svoje loše postupke, i kao rezultat, mali akcionari će izgubiti povjerenje u cjelokupni sistem korporativnog upravljanja”.⁵⁸⁹

⁵⁸⁷ E., Harbrecht, *The Modern Corporation Revisited*, *Columbia Law Review*, br. 64, 1964, str. 1410.

⁵⁸⁸ B., Thompson, R. S., Thomas, op. cit, str, 1766.

⁵⁸⁹ D., Capriles, *Fifteen-Year Survey of Corporate Developments: 1944-59*, *Vanderbilt Law Review*, br. 13., 1959, str. 15.

X DERIVATIVNA TUŽBA U SRBIJI I CRNOJ GORI

“Društva u velikoj mjeri smišljaju svoje ustave, političke i upravne sisteme, dok sa druge strane svoje privatno pravo gotovo uvijek pozajmljuju od drugih”

C. F. C. Milsom

1. Derivativna tužba kao pravi transplant

Pravna transplantacija (*“legal transplantation”*), poznata i kao pravno pozajmljivanje, pravni uvoz, pravni prijem) je posebna pravna tehnika transnacionalnog uticaja jednog ili grupe pravnih sistema na drugu preuzimanjem normativnih rješenja, principa i pravnih koncepata. Razlog sve intezivnije popularnosti ove tehnike leži u činjenici da je globalizacija današnjice nametnula i pravnim sistemima pretenziju ka univerzalnošću. U tom pogledu, možemo govoriti o pravnoj evoluciji slično Darwinovoj teoriji prirodne selekcije. Prema ovoj teoriji samo najsposobnija jedinka ima kapacitet da opstane, dok će one manje sposobne biti eliminisane prirodnom selekcijom. Ista logika se može prenijeti na pravne institute, budući da pravni sistemi većine država nastoje da usvoje i zadrže samo najkvalitetnija legislativna rješenja, što dalje ima za posljedicu njihova sve češća preuzimanja u druge sisteme, da bi na kraju dobila i univerzalni karakter.

Prema teoriji pravnog razvoja zasnovanoj na ideji transplantacija prof. Alana Watsona, pravne transplantacije su izvor za najveća globalna pravna dešavanja iz razloga što je većina promjena u pravnom sistemu posljedica pozajmljivanja. Italijanski profesor *Rodolfo Sacco* jednom prilikom je istakao da postoje samo dvije vrste izmjena zakona - izvorna inovacija i imitacija, pri čemu se "izvorna inovacija pojavljuje jednom od ukupno hiljadu zakonskih promjena".⁵⁹⁰

U cilju inteziviranja razvoja, pravni sistemi se sve češće prepliću u razmjeni prednosti i odbacivanju nedostataka, čak i po pitanju svojih najmarkantnijih karakteristika. Na primjer, u evropskom kontinentalnom sistemu sve važniji izvor prava postaje sudska praksa (jer sudska

⁵⁹⁰ Skandinavski institut „ombudsmana“ je jedan od primjera izvornih pravnih inovacija.

praksa ima značajnu faktičku ulogu u pogledu unifikacije načina rada sudova), a u anglosaksonskom pravu zakon (npr. Ujedinjeno Kraljevstvo sve više direktno primenjuje kodifikovano pravo kontinentalnog tipa). Na taj način, postepeno prevazilaženje početnog jaza između ova dva sistema i njihovo približavanje (za šta su dobar primjer principi pravne države i vladavine zakona), nameće zaključak da je opravdano očekivati njihovu asimilaciju u jedan jedinstveni, univerzalni, *esperanto* pravni sistem u doglednoj budućnosti.

Upravo je tehnikom pravne transplantacije, derivativna tužba, kao izvorno anglosaksonski institut, koji se u SAD-u pokazao kao najznačajniji instrumenat zaštite prava manjinskih akcionara, sa brojnim pozitivnim iskustvima u sudskoj praksi (gdje je u značajnoj meri i plod špekulativnih postupaka advokata akcionara tužilaca i uprava akcionarskih društava), zakoračila na normativni teren evropskokontinentalnog sistema.

Ipak, put prelaska ovog instituta nije bio ni malo idiličan i linearan, budući da zbog svoje, iz osnova, kontraverzne prirode i činjenice da je “rođen” sopstvenom negacijom (naime, u precedentnom slučaju “*Foss v. Harbottle*” koji je utemeljio derivativne tužbe, ista je odbačena od strane suda) nije blagonaklono dočekan u jurisdikcijama svih zemalja. Čak je i njegova matica - englesko pravo dugo zastupala stanovište da bi bilo prikladnije da tužbe za zaštitu svojih povrijeđenih prava podiže samo društvo, jer se tako izbjegavaju veksatorne parnice manjinskih akcionara ili članova društva.⁵⁹¹

Na kontinentalnom evropskom tlu, korporativna regulativa je bila još skeptičnija prema derivativnoj tužbi⁵⁹², tako da je u mnogim zamljama prisutna samo u rudimentarnoj formi.

⁵⁹¹ M., Vasiljević, op. cit., str. 89.

⁵⁹² Među pravnim teoretičarima, navedeno se ponekad objašnjava „Principom Ane Karenjine“ baziranog na planetarno popularnom ruskom klasiku Lava Tolstoja, gdje Tolstoj navodi da „sve srećne porodice dijele određeni set karakteristika koji su neophodne za uspješan porodični život“ i popularizovanog od strane dobitnika Pulicerove nagrade Jareda Diamonda. Navedena logika primjenjiva je na sve forme zajedništva u kojoj su ljudi osuđeni na međusobnu saradnju i razumijevanje, te doslednom primjenom iste izvodi se zaključak da samo SAD i Japan nude zaista uspješan model derivativnog postupka koji je po svim neophodnim kriterijumima zaista funkcionalan za akcionare. Suprotno tome, nijedan raspoloživ faktor sam

Francusko i švajcarsko pravo poznaju ovu tužbu, ali praksa pokazuje da ona nema veći značaj, uprkos činjenici da ove zemlje nisu propisale određenu visinu kapital učešća kao procesnu pretpostavku za podnošenje derivativnih tužbi. Italija ih je uvela tek 1998. godine uz prethodno ustanovljenje uslova od posjedovanje 5% akcija, kao i obavezu strane koja je izgubila spor da plati troškove postupka strane koja je dobila spor uz prilično kompleksan teret dokazivanja tužbenih navoda koje je teško pribaviti. Imajući u vidu, da zbog navedenih okolnosti tužbe nisu podnošene do 2006. godine, sukcesivno je došlo do izmjena u zakonodavstvu na način što je manjinskim akcionarima olakšano vođenje navedenog postupka, jer im je omogućeno da podnesu tužbu i protiv društva koje je većinski vlasnik ili osnivač akcionarskog društva u kojem akcionari posjeduju akcije, plaćanja naknade advokatima tek po dobijenom postupku ili postignutom poravnanju, što je u velikoj mjeri smanjilo finansijsko opterećenje za tužioce, koji više nisu morali da finansiraju postupak unaprijed, a i dovelo do smanjenja propisanog kapital učešća za podnošenje tužbe na 2,5% uz eliminaciju uslova od posjedovanja svojstva akcionara u trajanju od minimum 6 mjeseci prije podnošenja tužbe.

Tradicionalni njemački mehanizam zahtijevao je kvalifikovanu manjinu od 10% ili 2.000.000 DM do 1998. godine, kada je snižen na 5% ili 500.000€ za slučajeve kada su akcionari mogli utvrditi činjenice koje ukazuju na kršenja zakona ili internih propisa. Tokom 2005. godine u Njemačkoj je došlo do značajnih izmjena u zakonodavstvu u pogledu načina vođenja ovakvih postupaka, te je Zakonom o poslovnom integritetu ("*Business Integrity Act*") smanjen kapital census za pokrenje derivativnih tužbi na 1% ili 100000 evra vrijednosti akcija uz uvođenje povoljnijih advokatskih tarifa za ovaj tip tužbi.⁵⁹³ U cilju sprečavanja zloupotreba derivativne tužbe, njemački zakonodavac uveo je poseban sudski "postupak prijema tužbe" ("*Klagezulas-sungsverfahren*"), tokom kojeg su tužioci prinuđeni da podnesu dokaz o tome da su se prethodno obratili direktorima da sami podnesu tužbu. Uz to, akcionari moraju ukazati na činjenice koje ukazuju na ozbiljne povrede zakona ili statute društva, a sud mora utvrditi da li bi sudski spor bio u interesu kompanije

po sebi nije dovoljan da objasni nedostatak derivativnih postupaka u kontinentalnoj Evropi. Mali broj derivativnih postupaka u kontinentalnoj Evropi često se vidi kao razlog zbog kojeg se korporativno pravo smatra nedovršenim u ovim jurisdikcijama. M., Gelter, *Why Do Shareholder Derivative Suits Remain Rare in Continental Europe?*, New York, 2012, str. 845.

⁵⁹³ Tasić, op. cit., str. 290.

prije nego što uopšte dozvoli da nastavi dalja procedura.⁵⁹⁴ Ipak, stari njemački model, koji je i dalje dostupan kao alternativa, ekvivalentan je onom koji postoji u Austriji i samo predviđa pravo kvalifikovane manjine da se obrati sudu zahtjevom da imenuje posebnog predstavnika za podnošenje zahtjeva za preispitivanje odgovornosti članova uprave. Francuski i Švajcarski model, gdje se derivativna tužba smatra individualnim pravom akcionara i gdje zakon eksplicitno ističe da tužbu sa pozivom na korporativnu odgovornost može da podnese svaki akcionar (nezavisno od procenta učešća u osnovnom kapitalu društva) u ime društva je vjerovatno najbliži američkom modelu.

Kao što je navedeno, brojne jurisdikcije kontinentalne Evrope zahtijevaju da akcionari (ili grupe akcionara) posjeduju kvalifikovani procenat akcija društva ili određeni iznos kapitala da podnesu derivativnu tužbu. Granice procenata se mogu racionalizovati kao mehanizam za preispitivanje osnovanosti tužbenog zahtjeva budući da akcionar sa malim brojem akcija ima srazmjerno mali podsticaj da pokrene legitimnu tužbu imajući u vidu da je jedina korist koju akcionar može imati od uspješne tužbe proporcionalni udio u porastu vrijednosti korporacije. Međutim, teorija ne može dati objašnjenje koji konkretno procenat treba uzeti za prosjek da bi se isti mogao postaviti na 1%, 5%, 10% ili bilo koji drugi sa jednakim opravdanjem. Motivi tužioca su očigledno legitimni kada benefiti parnice, pomnožene sa vjerovatnoćom za njen uspjeh premaše troškove parničnog postupka, uključujući i nemonetarne troškove (vrijeme i uloženi trud), ali treba imati u vidu da je svako ograničenje u procentima u određenoj mjeri proizvoljno. Međutim, teorija ograničenja procenata nemoćna je da pruži adekvatno objašnjenje za slučajeve Francuske i Švajcarske, gdje je kao u SAD-u i Japanu izostavljen kapital cenzus, tj. gdje pojedini akcionari mogu da podnesu zahtjeve sa pozivom na odgovornost direktora bez posjedovanja minimalnog kapital učešća. Treba napomenuti da je u zakonodavstvima ovih zemalja postupak podnošenja ovih zahtjeva dodatno olakšan nepostojanjem proceduralnih prepreka, poput njemačkog prethodnog zahtjeva društvu i restriktivnog sudskog postupka prijema.

⁵⁹⁴ Preciznije, sud mora utvrditi da li postoje indikacije da je društvo pretrpilo štetu od povrede fiducijarnih dužnosti ili ozbiljnih kršenja zakona ili statuta društva, kao i to da li bi tužba bila u sprotности sa preovlađujućim interesom društva.; M., Gelter, op. cit., str. 858.

U nastavku je dat tabelarni prikaz propisanih uslova za podnošenje derivativne tužbe u ključnim evropskim jurisdikcijama:

Država	Kapital cenzus	Podnošenje tužbe	Dodatne napomene
Austrija	10%	Podnošenje od strane imenovanog predstavnika društva	5% ukoliko poseban revizorski izvještaj ukaže na postojanje inkriminišućih informacija
Belgija	1% ili 1250000e vrijednosti kapitala	Podnošenje od strane izabranog predstavnika akcionara	
Njemačka	1% ili 100000e vrijednosti kapitala	Podnošenje od strane član/ova društva sa propisanim kapital učesćem	Obaveza podnošenja prethodnog zahtjeva i sudski “postupak prijema” prilikom kojeg članovi društva moraju da ukažu na činjenice povrede fiducijarnih dužnosti/ozbiljnog kršenja zakona ili statuta
Italija	2.5%	Podnošenje od strane izabranog predstavnika akcionara	
Holandija	10% ili 225000e vrijednosti kapitala	Derivativna tužba ne postoji u klasičnom obliku već kao	

		posebna vrsta “istražnog postupka”	
Srbija	5%	Podnošenje od strane član/ova društva sa propisanim kapital učešćem	Odbijanje ili nepostupanje po prethodno podnijetom zahtjevu društvu da samo podnese tužbu za zaštitu svojih prava u roku od 30 dana od podnošenja zahtjeva
Crna Gora	/	Podnošenje od strane član/ova društva	Odbijanje ili nepostupanje po prethodno podnijetom zahtjevu društvu da samo podnese tužbu za zaštitu svojih prava u roku od 30 dana od podnošenja zahtjeva
Hrvatska	10%	Podnošenje od strane član/ova sa propisanim kapital učešćem	Tužba se može podići u roku od 3 mjeseca od dana kada je odbijen prijedlog da se donese odluka o podizanju tužbe ili od kada je osujećeno donošenje odluke o tome

Tabela 4: Propisani uslovi za podnošenje derivativne tužbe u evropskim jurisdikcijama⁵⁹⁵

Ističući očigledne razlike između kontinentalnog i anglosaksonskog pravnog sistema, pojedini autori iznose vrlo oštre kritike prema tehnici pravne transplantacije. Po njima takvi pokušaji liče na „uzgajanje pomorandže u Sibiru” i takva pravna tranzicija predstavlja „gradnju broda dok plovi u moru”, čime se pravo izlože beskrajnim eksperimentima jer pravni sistem je operativni sistem koji će urušiti ukoliko mu se nameću protivrječna pravila.⁵⁹⁶

Šezdeset odsto svjetske populacije živi u kontinentalnom pravnom sistemu i on se tradicionalno primjenjuje na velikoj teritoriji van Evrope – u većem delu Azije (Kina, Japan, Južna Koreja, Filipini, Indonezija, Tajvan), kao i u najvećem dijelu Afrike i Bliskog istoka. Anglosaksonsko pravo primjenjuje se u SAD (sa izuzetkom Luizijane), Kanadi (sa izuzetkom Kvebeka), Australiji, nekim afričkim zemljama, Indiji i dijelu Bliskog istoka, a u Evropi samo u Velikoj Britaniji i Irskoj.

Osnovna razlika između anglosaksonskog i kontinentalnog pravnog sistema je u tome što dok anglosaksonski počiva na sudskim slučajevima i diskrecionoj ocjeni sudije, osnovu kontinentalnog sistema zasnivaju zakoni i čvrsta pravila zbog čega njegovu dominantnu karakteristiku predstavlja pravna sigurnost i predvidljivost sudskih odluka jer su zasnovane na zakonima. Kritičari pravne transplantacije navode da je ključni problem što se anglosaksonsko pravo, iako prisutno u manjem delu svijeta, prilično agresivno implementira u kontinentalne pravne sisteme, pri čemu postoji opasnost da transplantirani elementi anglosaksonskog prava poremete cijeli sistem i dovedu do pravne nesigurnosti.⁵⁹⁷

⁵⁹⁵ M., Gelter, op. cit, str. 859., dostupno na: <https://www.semanticscholar.org/paper/Why-do-Shareholder-Derivative-Suits-Remain-Rare-in-Gelter/808e8e3cb1fc87725a59dd24fac17317085963cc> (datum pristupa: 14. novembra 2019.)

⁵⁹⁶ M., Škuletić, Evropa ne prihvata amerikanizaciju pravosuđa, *Politika*, 2017, dostupno na adresi: <http://www.politika.rs/sr/clanak/386334/Drustvo/Evropa-ne-prihvata-amerikanizaciju-pravosuda> (datum pristupa: 11. septembra 2019.)

⁵⁹⁷ ibid.

Kada je u pitanju derivativna tužba, uprkos okolnosti da se u SAD-u njen opstanak dovodi u pitanje već decenijama, ostaje činjenica da je ovo praktično jedini pravni sistem u kojem ona bilježi široku primjenu i smatra se relativno uspješnim pravnim mehanizmom za zaštitu vlasničkih interesa manjine po kapitalu i drugih akcionara. Sa druge strane, ni pored brojnih napora pravne teorije, ne postoji jedinstveno i univerzalno prihvaćeno objašnjenje zašto se derivativna tužba ne primjenjuje sa jednakim uspjehom i u drugim zemljama, imajući u vidu da je većina zemalja transplantirala u svoje pravne okvire, uključujući i najmnogoljudnije nacije na svijetu – Kinu i Indiju, kao bivše socijalističke zemlje koje polako uspostavljaju slobodne tržišne ekonomije.⁵⁹⁸ Međutim, čini se da je ovako izražena diskrepanca u primjeni instituta derivativne tužbe između SAD-a i drugih jurisdikcija, rezultat sinergije nekoliko ključnih faktora.

Prvo, za razliku od opšteg „američkog pravila“ o troškovima parničnog postupka, u slučaju derivativne tužbe predviđen je izuzetak budući da je stranka koja izgubi u sporu dužna nadoknaditi troškove strani koja dobije spor, što daje očigledan podsticaj i akcionarima i njihovim advokatima. Međutim, iako isto pravilo o snošenju troškova postoji i u zemljama civilnog prava, njegov motivacioni efekat nije izražen u istoj mjeri jer je u zemljama civilnog prava ovo opšte pravilo, dok u SAD-u predstavlja izuzetak. Iz tog razloga, advokati u SAD-u su u slučaju derivativne tužbe imali daleko više razloga da to vide kao priliku za zaradu. Drugim riječima, oni su, u poređenju sa svojim evropskim kolegama, imali veći podsticaj da „iskoriste takvu priliku“ na način da su preuzeli inicijativu za udruživanjem sa odgovarajućim akcionarima koji su pokazali spremnost da podijele „zaradu“.⁵⁹⁹

Pored toga, važan faktor koji podstiče akcionare i advokate u SAD-u da podnose derivativne tužbe je nivo razvoja finansijskih tržišta, što je u direktnoj korelaciji sa njihovom visokom osjetljivošću

⁵⁹⁸ U Kini je derivativna tužba uvedena prije 2005. godine, a u Indiji 2013. Brojne studije su pokazale da preliminarni rezultati njene primjene u Kini nisu pretjerano ohrabrujući. Z., Zhang, *The Shareholders Derivative Actions and Good Corporate Governance in China: Why the excitement is actually for nothing*, *Pacific Basin Law Journal*, vol. 28(2), 2011, str. 174 - 209.; V., Savković, *From great expectations to an even greater failure - the case of Montenegrin regulatory framework on shareholder derivative suits as an incentive for rethinking the concept itself*, *Juridical Tribune*, vol. 6, no 2, 2016, str. 11.

⁵⁹⁹ V., Savković, *op. cit.*, str. 12.

na loš publicitet i pad reputacije, što je redovna posljedica tužbi protiv odgovornih lica u kompanijama od strane akcionara. Iako je to gotovo nemoguće dokazati empirijskim putem, ta činjenica je nesumnjivo jedan od najvažnijih razloga dugotrajne tendencije da se većina postupaka pokrenutih po osnovu derivativne tužbe okončava poravnanjem. Drugim riječima, kompanije su osjetljive na negativan publicitet i njeni direktori imaju jak podsticaj za postizanjem nagodbe, osim u slučaju kada je zahtijevani iznos naknade izuzetno visok. Imajući to u vidu, čak i preostali akcionari, koji uglavnom imaju pravo da se suprotstave predloženom sporazumu o poravnanju, obično su skloniji očuvanju javne slike o svojoj kompaniji i sa njom vrijednosti svojih akcija nego suprostavljanju predloženom sporazumu. Konačno, advokati, koji su u prošlosti, često bili faktički tužiocima su dobro upoznati sa tim činjenicama i smatraju ih dodatnim podsticajem za podnošenje derivativnih tužbi sa odgovarajućim akcionarima i zaradu „lakog novca“ na taj način.⁶⁰⁰ To naravno širi prostor za zloupotrebama nagodbi u ovim postupcima, pa je to i razlog zbog čega se propisuju posebna pravila prilikom zaključenja sporazuma o poravnanju.

Najzad, u SAD-u svaki akcionar ima pravo da podnese derivatnu tužbu jer ne postoje zahtjevi za prag kapital učešća, kao što je to slučaj u većini zemalja kontinentalnog prava. Ovu činjenicu mnogi autori ističu kao najvažniji faktor koji doprinosi uspjehu derivativnih tužbi u SAD-u, budući da je u velikoj mjeri jednostavnije podnijeti derivativnu tužbu bez pronalaska akcionara koji predstavljaju minimalni potreban osnovni kapital i istovremeno su voljni da podrže inicijatora tužbe.⁶⁰¹ Ipak, smatramo da je značaj ovog faktora prenaplašen imajući u vidu činjenicu da postoje i zemlje (Francuska, Švajcarska) kontinentalnog prava u kojem ne postoje zahtjevi u pogledu visine kapital učešća kao procesne pretpostavke, pa i bez obzira na to ne dolazi do jednako uspješne primjene instituta derivativne tužbe kao u SAD-u.

Suštinski, problem derivativne tužbe ima približno istu genezu kao prvi agencijski problem - razdvajanje funkcija vlasništva od upravljanja, što je posljedica pravnog subjektiviteta privrednog

⁶⁰⁰ V., Savković, *ibid*, str. 13.; S. M., Kim, *Conflicting Ideologies of Group litigation: Who May Challenge Settlements in Class Actions and Derivative Suits*, *Tennessee Law Review*, vol. 66, 1998, str. 81-121.

⁶⁰¹ K., Grechenig, M., Sekyra, *No derivative shareholder suits in Europe: A model of percentage limits and collusion*, *International Review of Law and Economics*, vol. 31(1), 2011, str. 16 - 20.; *ibid*, str. 13.

društva i odvajanju njegove imovine od imovine njegovih članova. U isto vreme, u svijetlu potrebe da specifične vještine menadžmenta postaju jače sa dinamičnim razvojem tržišta, izvršni direktori su postali svjesni svog povećanog značaja i počeli su da ga demonstriraju na različite načine, kako zakonite, tako i nezakonite. Sa druge strane, upravo iz istog razloga, akcionari, posebno oni koji posjeduju mali dio osnovnog kapitala, bivali su sve više uskraćeni za mogućnost uticaja na donošenje poslovnih odluka, te shvatili da se interesi društva često ne mogu uskladiti sa njihovim ličnim interesom, naročito ne na kratki rok.

U tom svijetlu gore navedenog, iako je generalno evidentna indirektna veza između uspjeha u sporu pokrenutog derivativnom tužbom i interesa akcionara-tužioca, teško da se može osporiti da takav interes gotovo nikada nije tako snažan podsticaj kao direktna zaštita sopstvene imovine (npr. kao u slučaju direktnih tužbi akcionara). Iz tog razloga, derivativna tužba kao pravni koncept ima jednu urođenu manu koja se nalazi u njenim samim temeljima – ona je kreirana sa ciljem da jednoj strani omogući zaštitu legitimnih interesa druge. Zato uprkos ključnom podsticaju za podnošenjem derivativne tužbe – zaštiti interesa društva i samim tim, indirektno koristi koju ostvaruju njegovi članovi u slučaju uspješnog okončanja postupka - po pravilu, prosječni manjinski akcionar neće biti jednako motivisan da štiti interese društva čiji je član u istoj mjeri u kojoj bi štitiio sopstveni interes.

Sa druge strane, uspjeh derivativnih tužbi u SAD-u, u velikoj mjeri se pripisuje određenim specifičnim okolnostima, kao što je uključenost advokata u ovu vrstu postupaka. Istorijski, advokati su se često pozicionirali kao stvarni tužioci - za razliku od svojih klijenata, tj. formalnih tužilaca - što je rezultat izuzetka od „američkog pravila“ o snošenju parničnih troškova, ali i mogućnost postizanja brzog poravnjanja. Takođe, izuzetno visok nivo razvoja finansijskog tržišta SAD-a, kao i izražen senzibilitet kompanija na lošu publicitet, istorijski su predstavljali dodatno snažne podsticaje za široku primjenu derivativnih tužbi u SAD-u.⁶⁰² Međutim, ove faktore je veoma teško stvoriti regulatornim razvojem jer oni pretežno zavise od opšte kulture parničnog postupka u društvu. Drugim riječima, oni se ne mogu direktno prenijeti u drugi nacionalni pravni sistem ili stvoriti u kratkom vremenskom periodu.

⁶⁰² V., Savković, op. cit., str. 18-20.

2. Normativni okvir derivativne tužbe u Srbiji i Crnoj Gori

U Srbiji i Crnoj Gori, derivativna akcionarska tužba prvi put je uvedena članom 73 saveznog Zakona o preduzećima iz 1996. godine⁶⁰³. Pravni okvir derivativnih tužbi sadržan u ovom zakonu predstavljao je logički dobro koncipiranu cjelinu formulisanu na način da upravni i nadzorni odbor, članovi, akcionari koji posjeduju 10% osnovnog kapitala, kao i povjerioci čija potraživanja premašuju desetinu osnovnog kapitala mogu pokrenuti postupak protiv članova uprave koji su donijeli odluku kojom se nanosi šteta preduzeću, ukoliko skupština, na njihov zahtjev, ne pokrene postupak u roku od 30 dana od dana podnošenja zahtjeva, a u hitnim i slučajevima kada članovi uprave imaju većinu glasova u skupštini i odmah. Međutim, akcionarska društva i akcionarstvo predstavljali su u to doba relativno nove pojave u zakonodavstvu i privrednom životu Srbije i Crne Gore, pa je sasvim jasno da se osim oskudnog početnog razumijevanja i bojažljivosti u posezanju za ovom tužbom, što je rezultiralo odsustvom odgovarajuće sudske prakse, ništa drugo nije moglo ni očekivati u prvih nekoliko godina primjene ZOP-a.⁶⁰⁴ I dok je u Crnoj Gori, uslijed donošenja Zakona o privrednim društvima⁶⁰⁵ 2002. godine prestao da se primjenjuje, u Srbiji je bio na snazi do 2004. godine, nakon čega je donijet Zakon o privrednim društvima koji je predviđao derivativnu tužbu (član 41).⁶⁰⁶

Kada je derivativna tužba u pitanju, već na prvi pogled da se primijetiti da između ova dva zakona postoje značajne međusobne razlike i u pogledu subjektivnog i u pogledu objektivnog domena njene primjene.

Kako je već istaknuto, subjektivni domen primjene derivativne tužbe čl. 79 ZPD-a Srbije, u pogledu aktivne legitimacije ograničio na akcionare sa najmanje 5% učešća u osnovnom kapitalu društva (nezavisno od toga da li je osnov za podnošenje derivativne tužbe nastao prije ili nakon

⁶⁰³ Zakon o preduzećima („Službeni list SRJ, br. 29/1996 i 33/1996).

⁶⁰⁴ V., Savković, op. cit., str. 156.

⁶⁰⁵ Zakon o privrednim društvima, "Službeni list RCG", br. 6/2002, "Sl. list CG", br. 17/2007, 80/2008, 40/2010 - dr. zakon, 36/2011 i 40/2011 - dr. zakon.

⁶⁰⁶ ZPD.

sticanja svojstva člana društva) koji su prije podnošenja tužbe pisanim putem zahtijevali od društva da podnese tužbu po tom osnovu, po kojem nije postupljeno u roku od 30 dana od dana podnošenja. Sa druge strane, ZPD Crne Gore se u čl. 30 opredijelio za širi krug aktivno legitimisanih lica, ne predviđajući kapital cenzus kao preduslov za podnošenje derivativne tužbe, već je pravo na podnošenje dodijelio svakom akcionaru nezavisno od procenta njegovog učešća u osnovnom kapitalu društva, a obavezu podnošenja prethodnog zahtjeva zadržao kao neophodnu procesnu pretpostavku.

Isto tako, primijetne su razlike između ova dva normativna rješenja i u okviru kruga pasivno legitimisanih lica. Dok je srpski zakonodavac u čl. 61 pristupio taksativnom navođenju svih lica sa posebnim dužnostima prema društvu, imenujući: kontrolnog akcionara i akcionare koji posjeduju značajno učešće u osnovnom kapitalu, direktore, članove nadzornog odbora, zastupnike, prokuriste i likvidacionog upravnika (uz ostavljanje mogućnosti da se krug tih lica statutarno proširi), crnogorski zakonodavac se odlučio za uopštenu formulaciju “odgovorno lice u društvu”.

Međutim, najupečatljivija distinkcija između normativnih okvira derivativne tužbe Srbije i Crne Gore je na terenu objektivnog domena njene primjene. Naime, dok je prema srpskom rješenju pravni osnov za podnošenje derivativne tužbe formulisan kroz koncept povrede zakonom imenovanih posebnih dužnosti prema privrednom društvu (dužnost pažnje, dužnost prijavljivanja poslova i radnji u kojima postoji lični interes, dužnost izbjegavanja sukoba interesa, dužnost čuvanja poslovne tajne i dužnost poštovanja zabrane konkurencije), uz kasnije proširenje uvođenjem pravila o ograničenjima plaćanja kod akcionarskih društava, crnogorski zakonodavac je pristupio taksativnom nabranju kruga potencijalnih osnova. Tako se prema crnogorskom rješenju, derivativna tužba može podnijeti u slučaju ako: je neka radnja nezakonita ili izvan ovlašćenja društva; većinski akcionari diskriminišu manje akcionare; su povrijeđena prava akcionara; lica koja kontrolišu društvo - odbor direktora ili većinski akcionari prevare manjinske akcionare ili ako postoje dokazi da se poslovanje društva vodi ili odbor direktora koristi ovlašćenja na način da ugrožava prava akcionara.

Razlike su prisutne i pogledu načina određivanja rokova. Unaprijed je ukazano na propust srpskog zakonodavca da rok za podnošenje derivativne tužbe izričito odredi, već se do informacije o roku

za njeno podnošenje dolazi indirektnim putem posebnih rokova za ostvarivanje prava društva na naknadu prouzrokovane štete (budući da se radi o istim osnovima za podnošenje) – subjektivni rok od šest mjeseci od dana saznanja za osnov podizanja tužbe i objektivni rok od pet godina od dana učinjene povrede. Sa druge strane, crnogorski ZPD podnošenje derivativne tužbe uopšte ne limitira subjektivnim rokom, već samo objektivnim, koji je identičan kao u srpskom rješenju - pet godina od dana nastanka štetne radnje.

Sa druge strane, ono što je suštinski zajedničko normativnim okvirima derivativne tužbe je zakonodavna tehnika i specifična svrha propisivanja ovog instituta. U tom smislu, i srpski i crnogorski ZPD su pribjegli identičnoj nomotehničkoj tehnici u pogledu formulisanja ovog instituta.

Uprkos naglašenoj procesnoj prirodi, derivativna tužba predstavlja jedan od graničnih primjera materijalnog i procesnog prava. Budući da je u Srbiji i Crnoj Gori uređena materijalnopравnim propisom - Zakonom o privrednim društvima koji neposredno propisuje uslove za njenu primjenu, evidentna je dualistička priroda odredbi članova 79 i 80 ZPD-a Republike Srbije, kao i člana 30 ZPD-a Crne Gore. Naime, materijalnopравne odredbe ovih zakona imaju samo jednu funkciju – određivanje procesne legitimacije lica koji imaju pravo podnošenja derivativne tužbe, kao i lica protiv kojih se ona može podnijeti.

Sa druge strane, iako se radi o propisima materijalnopравnog karaktera, oba zakona sadrže i odredbe čisto procesne prirode koje važe samo u postupku po derivativnoj tužbi i koje odstupaju od opštih pravila parničnog postupka, te u tom pogledu predstavljaju primjere materijalnih zakona koji sadrže i čisto procesne norme.

Ova odstupanja od opštih pravila parničnog postupka o jedinstvu stvarne i procesne legitimacije u postupku po derivativnoj tužbi (o kojima je unaprijed bilo riječi) su posljedica specifične svrhe ove tužbe. Određenje ove svrhe proizilazi iz koncepta člana društva kao “rezidualnog povjerioca”,

te u tom smislu derivativna tužba predstavlja svojevrsno “dopunsko pravo povjerioca da vrši dužnikova prava”. U tom smislu, status “rezidualnog povjerioca” se od statusa stvarnog povjerioca razlikuje u slijedećim karakteristikama: povjerilački status je trajnog karaktera jer postoji za svo vrijeme članstva u društvu, te samim tim ne prestaje ispunjenjem potraživanja; potraživanje nije definisano po sadržini i obimu, već u svakom momentu zavisi od uspješnosti poslovanja društva i na kraju, zbog nedefinisanog karaktera, potraživanje nije moguće zaštititi na direktan način⁶⁰⁷, već samo derivativnim putem – izvođenjem iz primarnog prava dužnika, tj. društva u konkretnom slučaju.

3. Sudska praksa

Uloga sudova Republike Srbije i Crne Gore se u postupcima po derivativnim tužbama, svodi na odlučivanje o postojanju procesnih pretpostavki neophodnih za vođenje postupka, kao i odlučivanje o osnovanosti tužbenog zahtjeva. Za razliku od nekih uporednopravnih rješenja, sudovi u Srbiji i Crnoj Gori nisu nadležni da ocjenjuju cjelishodnost tužbenog zahtjeva, tj. da li je tužba u konkretnom slučaju u interesu društva, kao ni za izdavanje odobrenja za pojedine parnične radnje (npr. kao što je to u većini jurisdikcija slučaj sa odobravanjem prijedloga stranaka za sporazumno okončanje postupka poravnanjem).

Iako je sudska praksa ovih zemalja u pogledu primjene derivativne tužbe na zabrinjavajuće niskom stepenu, u daljem tekstu razmotrićemo par slučajeva⁶⁰⁸ koji su vođeni pred Privrednim sudom, kao stvarno i mjesno nadležnim organom za odlučivanje u postupcima po derivativnim tužbama, pred kojim je pokrenut, pravosnažno okončan i u toku je izvjestan broj derivativnih postupaka.

I U postupku P.br. 338/09 koji se vodio pred Privrednim sudom u Podgorici po tužbi UKCG Podgorica i fizičkih lica (18 tužilaca), protiv odgovornih lica OZPAM - fizičkih lica, kao organa

⁶⁰⁷ J., Veličković, op. cit., str. 53.

⁶⁰⁸ Razmatrani slučajevi su od strane Privrednog suda u Podgorici dostavljeni autoru za potrebe naučne analize u ovom radu.

upravljanja i rukovođenja radi utvrđivanja da su počinjenim nepravilnostima u upravljanju i poslovanju OZPAM pricinili štetu zahtjevom za naknadu štete”) tužioci su naveli: da se tužilac I-reda, kao jedan od osnivača OZPAM (zajedno sa tužiocima od 2 do 18, kao članovima tužioca I-reda), najprije obratio OZPAM za podnošenje predmetne tužbe; da "OZPAM nije protiv odgovornih lica - I-tuženog, kao direktora, a II, III, IV-to tuženih, kao predsjednika i članova Upravnog odbora u zakonskom roku podnijela tužbu, te su tužioci podnijeli derivativnu tužbu. Naveli su da su tuženi nezakonito postupali, da nije sazvana i održana nijedna Skupština organizacije u skladu sa Zakonom, da su tuženi suprotno ovlašćenjima trošili sredstva organizacije, što ukazuju i rezultati poslovanja iz 2006., 2007. i 2008.godine, nepravilno raspolagali sredstvima autora, obzirom da su od ukupnog prihoda taksativno nabrojanog po godinama, tuženima uplatili neznatna sredstva na koje okolnosti su predložili finansijsko vještačenje.

Obzirom, na osnov za podnošenje derivativne tužbe – nepravilnosti u upravljanju i poslovanju društva, sud je cijenio da se radi o poslovnim odlukama koje prati određeni rizik, ali i utvrdio da društvu nije pricinjena šteta iz razloga što je i ODT u Podgorici odbacilo krivičnu prijavu tužilaca zbog krivičnog djela zloupotrebe službenog položaja i krivičnog djela povrede prava na upravljanje, dok je takođe i rješenjem Osnovnog suda u Podgorici usvojeno neslaganje istražnog sudije i odbijen zahtjev za sprovođenje istrage tužilaca kao oštećenih protiv tuženih zbog pomenutih krivičnih djela. Kako i u krivičnom postupku nije utvrđena krivica odgovornih lica (tuženih u ovom predmetu) koja bi bila osnov za naknadu štete koja je tražena predmetnom tužbom, to je Sud zahtjev tužioca I - reda odbio kao neosnovan, uz obavezu naknade troškova postupka, pri čemu zaključujući da tužioci od II - XVIII nijesu aktivno legitimisani za podnošenje tužbe.⁶⁰⁹

Analiza gore navedenog primjera nameće utisak da se crnogorski sudija, pored zaključka da se u konkretnom slučaju i ne radi o povredi prava društva na osnovu izvedenih dokaza, poveo praksom anglosaksonskih kolega u pogledu ocjene da sporne odluke predstavljaju poslovne odluke koje neminovno prati određeni rizik. Naime, radi se o primjeni pravila poslovne procjene (“*Business Judgement Rule*”), koje je u čl. 44. ZPD-a prlično apstraktno formulisano na način da član odbora

⁶⁰⁹ Presuda P.br. 338/09 Privrednog suda u Podgorici od 4.5.2012 god.

direktora neće odgovarati društvu za greške prilikom donošenja uobičajenih poslovnih odluka, ukoliko je postupao sa pažnjom dobrog privrednika i poštovao pravila struke. Ovdje je bitno naglasiti, da za razliku od srpskog ZPD-a koji je u čl. 63 pokušao da konkretizuje standard “pažnje dobrog privrednika”, kao stepen pažnje sa kojom bi postupalo razumno pažljivo lice koje bi posjedovalo znanje, vještine i iskustvo koje bi se osnovano moglo očekivati za obavljanje te dužnosti u društvu, crnogorski zakonodavac (uprkos činjenici da ga pominje na više mjesta u zakonu) nije imao ambicija da konkretizaciji ovog standarda pristupi na izričit način, prepuštajući ga diskreciji suda u svakom konkretnom slučaju.

II U postupku P.br. 675/12 koji se vodio pred Privrednim sudom u Podgorici po tužbi društva DOO "PCGMNE" protiv B. K. koji je bio direktor društva radi naknade štete u iznosu od 648.453,70 € i zabrane da bude biran u za člana odbora direktora u AD i DOO zbog teže povrede službene dužnosti iz čl. 42 stav 4 tačka 2 ZPD”, tužioci su naveli da je tuženi u periodu obavljanja funkcije izvršnog direktora više puta počinio težu povredu radne dužnosti postupajući suprotno Statutu i ugovoru o radu, što je tužilac utvrdio nakon isteka mandata. Naime, radi se o zaključenju ugovora o prodaji sa dva društva bez saglasnosti finansijskog direktora, a potraživanje iz ugovora tužilac nije mogao da naplati i nakon pokretanja sudskog postupka, budući da je nad ovim društvima otvoren stečajni postupak, pa prinudna naplata po rješenjima o izvršenju nije mogla biti realizovana, dok je tuženi jednostrano mijenjao visinu sopstvene naknade, čime je tužilac pretrpio štetu isplatom zarade veće od ugovorenog iznosa.

U postupku je utvrđeno da je izvršni direktor imao ovlašćenja u skladu sa Zakonom i Statutom koja su od značaja unutar društva i da kod utvrđivanja uslova za utvrđivanje nepravilnosti treba uzeti u obzir da se radi o poslovnim odlukama koje uvijek prati određeni rizik, odnosno treba utvrditi da li je prilikom donošenja istih bilo namjere ili druge nepažnje. Kako je u postupku utvrđeno da je za vrijeme trajanja mandata, kako sa zaključenim ugovorima, tako i radnjama koje je preuzimao da se naplate potraživanja iz istih, izvršni direktor redovno obavještavao organe društva, što sadrže i zapisnici sa sjednica odbora direktora - najvišeg organa tužioca, na kojima su donošeni zaključci da se pokrenu i izvršni postupci protiv dužnika što je i urađeno, pri čemu društvo predmetne ugovore nije stavilo van snage, odnosno pokrenulo postupak za utvrđenje ništavosti, već je tek nakon što nije zbog insolventnosti kupaca - dužnika iz predmetnih ugovora

uspio da namiri potraživanja, pokrenuo predmetnu parnicu pozivajući se na odredbu člana 42 stav 4 tačka 1 i tačka 2 ZPD-a. Presudom P. br. 657/12 od 29.05.2014. godine odbijen je zahtjev tužioca, osim u dijelu isplate tužiocu na ime naknade štete na osnovu jednostranog i neovlašćenog mijenjanja visine sopstvene zarade suprotno Statutu i ugovoru o radu.⁶¹⁰

Kao što je evidentno iz obrazloženja presude, sud se prilikom ocjene o neosnovanosti tužbenog zahtjeva, takođe pozvao na argument o određenom stepenu poslovnog rizika koji je imanentan ovakvim odlukama, te da u konkretnom slučaju nije došlo do povrede dužnosti izvršnog direktora prema društvu, obzirom da su predmetni ugovori zaključeni u dobroj vjeri uz odsustvo elemenata namjere ili grube nepažnje.

III U postupku P. br. 916/09 koji se vodio pred Privrednim sudom u Podgorici po tužbi akcionara AD MP protiv predsjednika i člana odbora direktora i izvršnog direktora povodom zabrane rada i zabrane izbora tuženih za izvršnog direktora i članova odbora direktora i naknadu štete u iznosu od 3.267.938,10 €, tužioci su naveli u tužbi da tuženi vrše zloupotrebu položaja, tako što su diskriminacijom i nezakonitim radnjama i prevarama, sklapanjem štetnih ugovora, otpisivanjem dugovanja na teret troškova, nanijeli štetu društvu. Tim povodom, tužioci su predali i krivične prijave ODT protiv tuženih, uz navode da su: odluke koje su donijete na Skupštinama društva iz 2007. i 2008. godine suprotne su Zakonu i Statutu, članovi odbora direktora su nezakonito izabarani, a da je uslijed privatizacije društvene imovine došlo je do otpuštanja radnika koji nijesu dobili odgovarajuće naknade u skladu sa propisima.

Vezano za zahtjev za naknadu štete, koja je po navodima tužioca pričinjena zloupotrebom u upravljanju i rukovođenju društvom, odnosno donošenjem neposlovnih odluka na Skupštinama društva iz 2007. i 2008. godine, to su tužioci u skladu sa članom 41 stav 1 i stav 2 ZPD imali mogućnost da traže poništaj odluka Skupštine. Međutim, imajući u vidu sadržinu zahtjeva akcionara tužilaca protiv odgovornih lica, odnosno činjenicu da se nijesu obratili društvu sa zahtjevom za podnošenje tužbe, pa tek nakon što društvo po njihovom zahtjevu ne podnese tužbu u roku od 30 dana ili zahtjev odbije, podnijeti predmetnu tužbu, a kako to propisuje član 30 stav 4

⁶¹⁰ Presuda P.br. 675/12 Privrednog suda u Podgorici od 29.05.2014. god.

ZPD, pravosnažnom presudom Privrednog suda u Podgorici P.br. 916/09 od 31.01.2011. godine odbijen je zahtjev tužilaca.⁶¹¹

U konkretnom primjeru, radi se o očiglednom propustu tužilaca da podnesu prethodni zahtjev društvu, što je imalo za posljedicu nemogućnost vođenja derivativnog postupka i slijedstveno tome, sprovođenje dokaznog postupka uz ocjenu o osnovanosti tužbenog zahtjeva, uslijed nedostatka neophodnih procesnih pretpostavki.

IV Najinteresantniji od razmatranih slučajeva, kako prema ocjeni Privrednog suda u Podgorici, tako i prema ocjeni autora ovog rada, su presude P. br. 776/14 i P. br. 1344/77 u predmetu tužilje M. C. protiv direktora DOO CPB.

U ovom slučaju, pravni prethodnik tužilje (J. B. C.), kao član (i jedan od osnivača) društva DOO CPB, tužbom je tražio da se tuženi u pravnoj stvari tužilje obavežu da solidarno naknade štetu koju je pretrpjelo ovo privredno društvo zbog nepravilnog upravljanja i poslovanja društvom, te neovlašćenog raspolaganja imovinom društva.

Rješenjem Privrednog suda u Podgorici P.br. 919/12 od 30.01.2013. prekinut je postupak u ovoj pravnoj stvari, jer je J. B. C. preminuo dana 30.12.2012. god. Postupak je nastavljen rješenjem Privrednog suda u Podgorici P.br. 919/12 od 11.06.2014, a zatim prekinut rješenjem P.br. 919/12 od 30.01.2013., jer je rješenjem o nasljeđivanju Osnovnog suda u Kotoru br. 84/14 tužilja oglašena za naslednika na 25% udjela DOO CPB. Sud istakao ocjenu da, budući da rješenje o upisu tužilje kao člana društva kod Poreske uprave CRPS-a od 04.12.2015., nije konačno, to od konačnosti istog (što predstavlja prethodno pitanje za odlučivanje u ovoj pravnoj stvari), zavisi i aktivna legitimacija tužilje u ovoj parnici. Ovo imajući u vidu da je predmetna tužba derivativna i da je može podnijeti akcionar, odn. član društva (kod DOO). Dakle, konačnost rješenja u upravnom postupku pred Poreskom upravnom CRPS-a, predstavlja prethodno pitanje za odlučivanje suda u predmetnoj parnici, povodom pitanja aktivne legitimacije tužilje. Osim toga, sud je istakao da

⁶¹¹ Presuda br. 916/09 Privrednog suda u Podgorici od 8.12.2011. god.

parnični sud nije ovlašćen da ispituje zakonitost upravnog akta, odn. predmetnog rješenja Poreske uprave CRPS-a.⁶¹²

U nastavku postupka br. 1344/17, tužilja je preko punomoćnika u bitnom navela da je njen pravni prethodnik dana 05.07.2010. tražio od društva da tuži odgovorna lica, na način što je podnio zahtjev u pisanoj formi i isti predao u kancelariji društva koje nije bilo zvanično sjedište. Tuženi su zabranili pravnom prethodniku tužilje ulaz u tu kancelariju odmah nakon podnošenja ovog zahtjeva, a iz mejla od 05.07.2010. koji su poslali pravnom prethodniku, proizilazi da su zahtjev primili. Dalje je navela da je pravni prethodnik tužilje neposredno, a i preko punomoćnika, usmeno putem telefona, a i putem emaila, isticao zahtjev da društvo treba da tuži odgovorna lica, što proizilazi iz mejla od 03.08.2010. i 20.08.2010. Takođe je navela da je sjedište društva bilo na drugoj adresi, te da je društvo selektivno primalo poštu na ovoj adresi. Ukazala je na to da je kao punomoćnik pravnog prethodnika tužilje tražila od društva da joj omogući uvid u poslovnu dokumentaciju ovog društva, u vezi čega je podnijela zahtjev na koji joj je odgovoreno mejlom od 25.08.2010., uz konstataciju da su tuženi bili na godišnjem odmoru i da će dozvoliti uvid nakon 10 dana, kad se vrate sa godišnjeg odmora. Posebno je ukazala na to da su tuženi prodali stanove na osnovu projektne dokumentacije iako stanovi nijesu bili izgrađeni i pri tom prihodovali velika novčana sredstva. Smatra da su tuženi kao ovlašćeni zastupnici nepravilno postupali i upravljali društvom i neovlašćeno raspolagali novčanim sredstvima, čime su pričinili veliku štetu društvu.

Cijeneći navode stranaka i izvedene dokaze, sud je odlučio da se odbija kao neosnovan tužbeni zahtjev kojim je traženo da se obavežu tuženi da solidarno naknade štetu društvu u iznosu od preko 2.000.000,00€ i da je tužilja dužna da na ime troškova postupka, plati I tuženom iznos od 16.800,00€, a III i IV tuženom iznos od 24.000,00€, u roku od osam dana od pravosnažnosti presude, dok će drugotuženi sam snositi svoje troškove postupka.

Sud nije poklonio vjeru iskazu tužilje, jer iz njenog iskaza nije na nesumnjiv način utvrđeno da je njen suprug, u smislu citiranih propisa podnio pisani zahtjev kojim traži od društva da tuži odgovorno lice. U konkretnom slučaju, ispunjen je jedan od uslova za podnošenje derivativne

⁶¹² Presuda P.br. 776/14 Privrednog suda u Podgorici od 21.12.2015. god.

tužbe, a to je da je pravni prethodnik tužilje, bio član društva u vrijeme podnošenja tužbe, ali ne i drugi uslov da je prethodno zahtijevao od društva da tuži odgovorno lice, a da je taj zahtjev društvo odbilo ili nije podnijelo tužbu u roku od 30 dana od dana podnošenja zahtjeva, koji uslovi moraju biti kumulativno ispunjeni. Kako je sud našao da tužbeni zahtev nije osnovan, to je odbio predlog punomoćnika tužilje da se izvede dokaz vještačenjem po vještaku finansijske struke na okolnosti koliko je koštala izgradnja predmetnog objekta, te prihoda od prodaje, izdavanja u zakup i preprodaja stanova, a u cilju utvrđivanja štete koju su ovlašćena lica prčinila društvu i jednom od osnivača, jer kod prednjeg, ni izvođenje ovog dokaza nije bilo potrebno. Prilikom odlučivanja sud je imao u vidu i druge brojne izvedene dokaze, ali je našao da isti nijesu od uticaja za drugačije odlučivanje u ovoj pravnoj stvari.

U ovom slučaju, pored u domaćoj praksi najvećih razmjera posljedice nepodnošenja prethodnog zahtjeva društvu, postavlja se pitanje da li je došlo do onemogućavanja tužioca da podnese od strane odgovornih lica u društvu. Smatramo da u konkretnom slučaju okolnosti ukazuju da je došlo do očiglednog uskraćivanja mogućnosti za predajom zahtjeva društvu, kao i da su odgovorna lica bila upoznata sa namjerom pravnog prethodnika tužilje da podnese zahtjev, te da je sud mogao uzeti da je takav zahtjev ipak predat.

Na kraju, iznijećemo još jedan slučaj, koji iako nije posebno interesantan sa stanovišta naučne obrade, zaslužuje da bude izložen, budući da se radi o jedinom slučaju u domaćoj sudskog praksi čiji se ishod imao pozitivno okončanje za tužioca.

V U postupku P. br. 1047/15 vođenom pred Pivrednim sudom u Podgorici, tužioci 1. L. A., 2. Y. I. (osnivači DOO "AIM") su podnijeli tužbu protiv tuženog V. R, suosnivača i ovlašćenog lica navedenog društva, radi naknade štete vr.sp 6.500,00€, pozivajući se na čl. 30 st. 4 Zakona o privrednim društvima. Tužioci su obrazložili da je društvo sa kompanijom "CMC" iz Hong Konga zaključilo ugovor dana 27.07 2007. godine po osnovu koga je kao kupac od navedene kompanije kupio automobile, između ostalog i automobil koji predstavlja osnovno sredstvo društva. Sa zahtjevom za podnošenje tužbe protiv tuženog, tužioci su se dana 09.10.2015.godine obratili društvu, koju tužbu društvo nije podnijelo (pisani odgovor na zahtjev izvršnog direktora društva

od 13.10.2015.godine) što je uslovalo da tužioci, kao suosnivači tuženog u skladu sa odredbama ZPD podnesu predmetnu tužbu kojom su tražili da tuženi naknadi štetu društvu iz prednjeg osnova.

Saslušanjem svjedoka i uvidom u priložene dokaze, sud je zaključio da je zahtjev tužilaca osnovan pa je obavezao tuženog da u skladu sa čl.30 st. 4 ZPD na ime naknade štete društvu isplati iznos od 6.500,00€ (koliko iznosi cijena vozila prodatom R. G. iz citiranog računa) sa zakonskom zateznom kamatom od dana prodaje 20.06.2013. godine do isplate. Sud je je tom prilikom ocijenio neosnovanim prigovor pasivne legitimacije, jer je činjenica da je upravo svojim radnjama, tuženi kao suosnivač društva, društvu prouzrokovao štetu.⁶¹³

4. Kritika postojeće nacionalne regulative i neadekvatne primjene instituta derivativne tužbe

Već je navedeno da je derivativna tužba stupila na normativni teren Srbije i Crne Gore posredstvom Zakona o preduzećima 1996. god. sa izraženom tendencijom da pruži podsticaj za razvoj stimulativnog tržišnog ambijenta u kojoj će investitorska struktura biti sveobuhvatno zaštićena i samim tim motivisana na kapitalna ulaganja. Zato je opravdano postaviti pitanje zašto ni nakon više od dvije decenije svoje primjene derivativna tužba, kao institut visokog potencijala pravne zaštite koji je u vodećim tržišno orjentisanim privredama stožerni regulator korporativnog upravljanja, u našim nacionalnim okvirima ne ostvaruje cilj zbog kojeg je uspostavljena?

Za odgovor na ovo pitanje, prva sumnja prirodno pada na regulativu koja uređuje ovaj institut. Unaprijed je istaknuto da je derivativna tužba, zajedno sa konceptom fiducijarnih dužnosti direktora, stupila na naše pravno tlo putem posebne tehnike pravne transplantacije iz anglosaksonskog pravnog sistema. Zato treba razmotriti uobičajne kriterijume za procjenu uspjeha jednog pravnog transplanta.

Prvi kriterijum je da li se pravni transplant primjenjuje u novom okruženju ili je ignorisan od strane prakse, što je moguće empirijski utvrditi. Drugi kriterijum jeste da li pravni transplant u novom

⁶¹³ Presuda P.br. 776/14 Privrednog suda u Podgorici od 6.3.2017. god.

okruženju funkcionise na isti način kao u pravu iz kojeg je preuzet i da li su postignuti ciljevi koji su bili željeni prilikom preuzimanja pravnog pravila.⁶¹⁴

Sa tim u vezi, iz unaprijed izloženih primjera se da zaključiti da je odgovor na oba pitanja negativan, što zbog nedovoljnog obima sudske prakse u kojem se derivativna tužba svodi na sporadične primjere, što zbog neadekvatne informisanosti i neprofesionalnosti tužilaca u derivativnim postupcima (budući da je zanemarljiv broj onih koji su bili u stanju da ispune osnovnu procesnu pretpostavku za podnošenje derivativne tužbe izraženu kroz obavezu podnošenja prethodnog zahtjeva).

Iz tog razloga, kada se uzmu u obzir kriterijumi uspjeha jednog pravnog transplanta – stepen primjene i postizanje cilja zbog kojih je isti transplantiran, mora se priznati da je derivativna tužba u nacionalnom pravu neuspješan pravni transplant, jer je njena primjena u praksi Srbije i Crne Gore gotovo neznatna. Sa druge strane, potrebno je ukazati da nije neuobičajena pojava privremena stagnacija primjene pravnog transplanta na novom pravnom terenu, što je uglavnom posljedica razlika u društveno ekonomskom uređenju.

Lokalni kontekst svake jurisdikcije definisan je mnoštvom jedinstvenih karakteristika, uključujući politiku, ekonomiju, institucije i sociopolitičko okruženje. Neograničenost permutacija ovih kontekstualnih karakteristika je ono što određuje funkcionalnost derivativne tužbe u svakoj jurisdikciji nalik potrazi za „Svetim gralom“ tako neuhvatljivom i složenom. Čak im je u SAD-u i Japanu, gdje su danas derivativne tužbe kormilo akcionarske zaštite, popularnost postepeno rasla tokom vremena. Nezavisno od ovoga, ili možda čak i zbog toga, u nekoliko ključnih jurisdikcija - uključujući Singapur (1993), Novi Zeland (1994), Italija (1998), Australija (2000), Hong Kong (2005), Nemačka, Ujedinjeno Kraljevstvo (2006) i Narodna Republika Kina (2006) – derivativne su u cjelosti transplantirane u nadi da će presaditi američki "Sveti gral" u svoje režime korporativnog upravljanja. Druge jurisdikcije, uključujući Japan (1993), Južnu Koreju (1998) i Tajvan (2010), su pokušale da opreznije otkriju "Sveti gral" tako što su se koristili sa svojim

⁶¹⁴ J., Veličković, op. cit., str. 40.

postojećim zakonodavstvom o derivativnim postupcima - ponekad sa nepredvidljivim i dramatičnim rezultatima.⁶¹⁵

U tom smislu, ne treba žuriti sa osudom našeg nacionalnog okvira. Naime, kada je derivativna tužba uvedena u nacionalno pravo većina privrednih društava je bila u statusu društvenih preduzeća, koja su tek nekoliko godina kasnije ušla u postupak privatizacije. U takvom društveno ekonomskom uređenju nisu postojali privatni vlasnici kapitala – investitori, već su vlasnici društava kapital sticali kroz postupak privredne transformacije, pa samim tim, nisu bili ni svjesni svojih prava i obaveza u društvu. Drugi razlog zbog kojeg derivativna tužba nije korišćena u praksi je vjerovatno taj što Zakon o preduzećima (1996) nije uveo koncept posebnih dužnosti prema privrednom društvu, već je to učinjeno tek Zakonom o privrednim društvima iz 2004. godine. U tom smislu u nacionalnom pravu, derivativnoj tužbi je dugo vremena nedostajao veoma značajan materijalno pravni supstrat, tako da je bilo sasvim nejasno u kojim to situacijama ona uopšte može biti podnijeta.⁶¹⁶

Istina je da su bitni proceduralni aspekti uključeni u pitanje prava akcionara da zahtijevaju od suda zaštitu društva protiv bilo kakvih kršenja njegovih prava. Ovdje imamo interesantan fenomen tužioca koji se obraća sudu u cilju zaštite prava trećih lica. Budući da je to u suprotnosti sa osnovnim načelima parničnog postupka o jedinstvu stvarne i procesne legitimacije, jasno je da standardni proceduralni aparat nije konstruisan da riješi takav problem, zbog čega je neophodno da se izgradi posebni procesni mehanizam za tu namjenu. Ukoliko se navedeno ne omogući može doći do situacije u kojoj, uprkos načelnom priznanju prava akcionaru da interveniše u cilju zaštite interesa društva, proceduralni aparat možda nije dostupan da ovo pravo učini efektivnim. Rezultat bi bio postojanje prava koje ne bi imalo efekta kroz medij suda. Ipak kada govorimo o derivativnoj tužbi ovo nije slučaj, budući da je nacionalni pravni sistem dozvolio da se derivativna tužba u pogledu sporne stranačke legitimacije tretira izolovano od režima opštih načela parničnog postupka, čime je omogućeno da ovo materijalno pravo akcionara ima efekta. Ovo je bio i slučaj

⁶¹⁵ H., Baum, D., Puchniak, The Derivative Action An Economic Historical and Practice-Oriented Approach, *Berkeley Business Law Journal*, 2012, str. 17.

⁶¹⁶ J., Veličković, op. cit., str. 40-41.

sa engleskim sudskim pravom, koje je kreiralo derivativnu tužbu kao proceduralni instrument koji akcionarima omogućava realizaciju svog pravnog interesa prema društvu. Kako je *Lord Blanesburgh* to lijepo formulisao „derivativna tužba predstavlja savršenu ilustraciju zlatnog principa da je procedura sa svojim pravilima sluškinja, a ne gospodarica pravde.“⁶¹⁷

5. Prijedlozi i smjernice za razvoj nacionalnog pravnog okvira instituta derivativne tužbe

Nerazvijenost ovog instituta u nacionalnoj poslovnoj i sudskoj praksi, ne treba da iznenađuje obzirom na njegovu kontraverznu prirodu, zbog koje ga je bilo teško implementirati u jurisdikcijama gotovo svih zemalja koje su ga uvele u svoje pravne živote. Kontraverznu prirodu derivativne tužbe možda najbolje ilustruje podatak da se pri formulisanju Principa korporativnog upravljanja od strane Američkog instituta za pravo (ALI) ništa nije pokazalo zahtjevnije od napora da se razvijaju jedinstveni i uravnoteženi standardi za derivativnu tužbu i da je samo tema korporativnih preuzimanja, podobna da izazove jednako intenzivan nivo emocija među korporativnim pravnicima.

Naime, institut derivativne tužbe ima jedan sistemski nedostatak, neotklonjive prirode, a to je da podizanje tužbe od akcionara u svoje ime, a za račun akcionarskog društva čije se akcije posjeduju praktično znači da nema neposrednog interesa akcionara za podizanje tužbe, jer uspjeh u sporu znači neposrednu korist isključivo za to društvo i posrednu korist za tužioca i druge akcionare koji nisu bili tužioci (pozitivan efekat na cijenu akcija).

Budući da je sistemski nedostatak instituta derivativne tužbe neotklonjive prirode jer je određen samom njenom suštinom, onda je potrebno u cilju popularizacije ovog instituta, na planu nacionalnog uređenja ovog instituta učiniti sve da se eliminišu "ograničavajući" faktori otklonjive prirode kako bi se ovaj institut učinio dovoljno atraktivnim za potencijalne "korisnike" – tužioce.⁶¹⁸

⁶¹⁷ A., Barak, op. cit., str. 25.

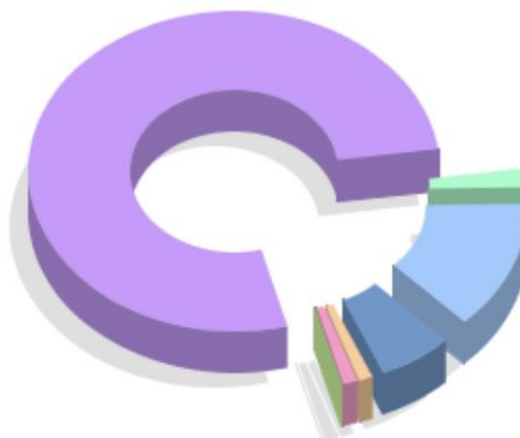
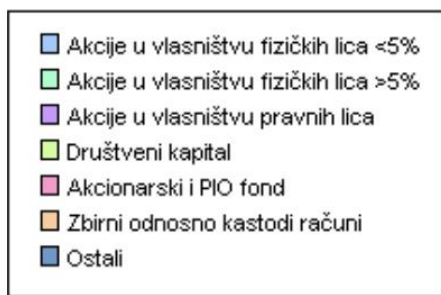
⁶¹⁸ M., Vasiljević, op. cit., str. 98.

Na prvom mjestu to je pitanje kapital cenzusa. Naime, dok se crnogorski ZPD-u opredijelio za potpuno liberalan pristup ukidanjem kapital cenzusa omogućavajući svakom akcionaru da aktivira svoje pravo na podnošenje derivativne tužbe, u ZPD-u Republike Srbije kapital cenzus je propisan u iznosu od 5%. U tom smislu ostaje nejasno na osnovu kojih kriterijuma se zakonodavac opredijelio za iznos od 5% jer se radi o sasvim sigurno neodgovarajućem procentu, budući da, sa obzirom na trenutnu strukturu vlasništva akcionarskih društva u Srbiji⁶¹⁹, prikazanu u Grafikonu 3, svega 2% akcionara fizičkih lica bi ispunio ovaj uslov za podnošenje derivativne tužbe.

Statistički prikaz vlasništva registrovanih AD u Centralnom registru, depou i kliringu hartija od vrednosti-Zbirni pregled

Struktura vlasništva

Akcije u vlasništvu fizičkih lica <5%	Akcije u vlasništvu fizičkih lica >5%	Akcije u vlasništvu pravnih lica	Društveni kapital	Akcionarski i PIO fond	Zbirni odnosno kastodi računi	Ostali
13 %	2 %	77 %	0 %	1 %	1 %	6 %



Grafikon 3: Struktura vlasništva akcionarskih društava u Srbiji⁶²⁰

Jedino objašnjenje za propisivanje ovog procenta kapital učešća je “slijepo kopiranje” osnova za ostvarivanje prava manjinskih akcionara sadržanog u Direktivi Evropske unije o pravima

⁶¹⁹ J., Veličković, op. cit., str. 612.

⁶²⁰ Centralni registar, dep i kliring hartija od vrijednosti, dostupno na: <http://www.crhov.rs> (datum pristupa: 7. maja 2019.)

akcionara⁶²¹, koja nacionalnim zakonima nalaže da je 5% maksimum kapital učešća koje mogu predvidjeti za ostvarivanje pomenutih prava.

Pored dodatnog pitanja zbog čega se srpski ZPD odlučio baš za propisani maksimum, preporučuje se revidiranje postojećeg zakonskog rješenja u pogledu iznosa kapital cenzusa kao procesne pretpostavke u cilju njegovog upodobljavanja aktuelnoj strukturi vlasništva akcionarskih društva u Srbiji.

Sa druge strane, ne preporučuje se pretjerana ležernost crnogorskog ZPD-u, jer uprkos činjenici da zbog neadekvatne informisanosti i profesionalnosti akcionara u Crnoj Gori, rijetki su i slučajevi podnošenja derivativne tužbe, pa samim tim nema opravdane opasnosti od veksatornih parnica, nameće se utisak da je aktuelno rješenje u velikoj mjeri nesmotreno. Iz tog razloga, propisivanje kapital cenzusa, koji bi bio adekvatan strukturi vlasništva akcionarskih društava, od strane crnogorskog zakonodavca bi bilo cjelishodno kao svojevrsni filter za sprječavanje beskorisnih tužbi.

Upravo teškoće pri definisanju kapital cenzusa kao uslova za podnošenje derivativne tužbe ukazuju da bi težište uređenja uslova za podnošenje derivativne tužbe trebalo da bude na strani prethodnog zahtjeva. U tom smislu, kapital cenzus bi trebalo da ima ulogu čisto preliminarnog mehanizma filtriranja nepotrebnih tužbi, dok bi ključnu ulogu po ovom pitanju trebalo da ima prethodni zahtjev. ⁶²² Iz razloga ogromnog značaja koju obaveza podnošenja prethodnog zahtjeva ima u derivativnim postupcima, preporuka je da se forma, sadržina i način dostavljanja zahtjeva precizno uredi imperativnim zakonskim normama. Argument za ovako radikalnu preporuku nalazimo u unaprijed iznijetom slučaju iz sudske prakse Privrednog suda u Podgorici (u predmetu “Mary Coughlan protiv direktora DOO Celtic Properties Budva”), koji odlično ilustruje razmjere posljedica koje mogu nastati kada se forma ovako bitne procesne pretpostavke prepusti diskrecionoj procjeni suda. Isti slučaj nameće potrebu za još jednom preporukom, a to je da se

⁶²¹ Directive 2007/36/EC of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007. on the exercise of certain rights of shareholders in listed companies, 2007.

⁶²² J., Veličković, op. cit., str. 613.

propišu sankcije za odgovorno lice u društvu koje odbije ili na bilo koji drugi način onemogućiti prijem takvog zahtjeva.

Uvažavajući ukazani značaj prethodnog zahtjeva, preporučljivo je produženje roka za izjašnjenje organa upravljanja povodom istog, budući da trenutni rok od 30 dana u nekim slučajevima ne daje mnogo prostora upravi za detaljnu analizu činjenica i navoda sadržanih u njemu, kao i ekspertskih mišljenja, za čijim se pribavljanjem može ukazati potreba u postupku razmatranja zahtjeva.

Pitanje parničnih trokova za vođenje postupka predstavlja još jednu u nizu destimulativnih mjera koje je potrebno razmotriti. Naime, prema postojećem rješenju, parnični troškovi padaju na teret tužioca do okončanja postupka, sa mogućnošću nadoknade od strane društva u slučaju okončanja postupka uspjehom tužioca. Dakle, neuspjeh u sporu, djelimični ili potpuni, je troškovni rizik tužioca, kao i predujam troškova tokom trajanja postupka (direktni i indirektni - sudske takse, advokatski troškovi, troškovi postupka - svjedoci, vještaci itd.).⁶²³ Iz tog razloga se preporučuje dizajniranje drugačijeg mehanizma raspodjele parničnih troškova, uz sugestiju da se tom prilikom pođe od savjesnosti tužioca. U tom smislu, možda bi trebalo propisati pravo tužioca da može od društva zahtijevati nadoknadu troškova postupka, nezavisno od njegovog ishoda, ukoliko tužilac nije znao, niti je mogao znati za činjenice koje bi ukazivale da je tužba neosnovana, ili da nije potrebno njeno podnošenje, te da bi se troškovi koje član društva može potraživati određivali u visini troškova koji su dosuđeni ili mogli biti dosuđeni presudom parničnog suda, u zavisnosti od toga da li je spor uspješno ili neuspješno okončan.⁶²⁴

Ista logika nalaže da bi bilo opravdano uvođenje izvjesnih direktnih podsticajnih mehanizma za tužioce. U tom cilju bi, po uzoru na anglosaksonsko rješenje, trebalo razmotriti uvođenje direktne *pro rata* naknade u nacionalnim okvirima. Naime, iako je ovakva naknada meta čestih napada povodom ugrožavanja interesa povjerilaca društva, ona ipak ne izlazi iz okvira proklamovanog cilja i suštine derivativne tužbe, budući da dosuđena naknada štete i dalje ide društvu, dok bi akcionar – tužilac imao pravo na samo izvjestan procenat od nje (najčešće

⁶²³ M., Vasiljević, op. cit., str. 98.

⁶²⁴ J., Veličković, op. cit., str. 614.

proporcionalno učešću u kapitalu društva). Na kraju krajeva, interesi povjerilaca društva bi bili ugroženi u znatno većoj mjeri da nije došlo do “ispravljanja nepravde” koja je društvu nanijeta nepravilnim radom uprave, a do čijeg ispravljanja je došlo isključivo zahvaljujući akcionaru koji je svoje napore uložio u zaštitu društva, te bi ga stoga bilo pravično nagraditi za takav angažman. Pored toga, smatra se da bi dodjeljivanje *pro rata* naknade, predstavljalo svojevrsnu motivaciju akcionara i korak naprijed u prevazilaženju problema “akcionarske apatije”, koji je široko prisutan i u Srbiji i Crnoj Gori.

Iz tog razloga, smatramo da je elementarno poraditi na edukaciji akcionara u pogledu instrumenata zaštite sopstvenih prava, budući da je zanemarljiv procenat onih koji su uopšte svjesni sadržine svojih prava, a još manje instrumenata za njihovu zaštitu. Rješavanju ovog problema bi trebalo ozbiljno pristupiti obzirom na trenutno vrlo izraženu informacionu asimetriju između akcionara i organa upravljanja društva. Zato bi bilo cjelishodno da se povodom manje poznatih instituta, poput derivativne tužbe, u budućnosti razvije praksa unošenja odredbi o pravnom osnovu i načinu podnošenja derivativnih tužbi u ugovorima o kupoprodaji akcija i statutima društava, kako bi se akcionari što bolje uputili u tu mogućnost, koja je za sada, nažalost, većini sasvim nepoznata.

Na dalje, već je ukazano na nužnost propisivanja derivativne tužbe kao izuzetka od načela formalnog legaliteta kroz određivanje akcionara koji je vodio derivativni postupak kao aktivno legitimisano lice i za pokretanje izvršnog postupka po presudi donijetoj u postupku po derivativnoj tužbi, iz razloga opravdane opasnosti da društvo u svojstvu izvršnog povjerioca propusti mogućnost da sprovede pravo na naknadu štete, priznato pravosnažnom presudom donijetom u njegovu korist.

Još jedna preporuka tiče se propisivanja mogućnosti za okončanje derivativnog postupka vansudskim putem. Naime, unaprijed je ukazano na propust aktuelnog ZPD-a da se izjasni povodom pitanja poravnanja, za razliku od prethodnog koji ga je izričito zabranjivao. Ovo bi se moglo tumačiti kao korak ka uvođenju poravnanja na nacionalni normativni teren, ali izostanak izričitih odredbi kojima bi se regulisao postupak poravnanja ne ostavlja slobodu za posezanjem ovakvom vidu okončanja derivativnog postupka. Iako se ni u kom slučaju ne može govoriti o opterećenosti sudstva postupcima po derivativnoj tužbi, izostanak tog argumenta ne treba smatrati

limitirajućim faktorom za uvođenjem instituta poravnjanja. Ipak, zbog niza mogućih zloupotreba sa kojima se ovaj institut suočava, a koje su razmatrane u prethodnim poglavljima, čini se opravdanim usloviti njegovu pravosnažnost ratifikacijom od strane suda, uz prethodnu obavezu informisanja ostalih akcionara o sadržini postignutog sporazuma.

Na kraju, analiza u ovom radu nije naišla na neke očigledne suštinske nedostatke ustanove višestruke derivacije, pa bi trebalo razmotriti njegovu institucionalizaciju u slučaju kada matično društvo posjeduje više od polovine učešća u osnovnom kapitalu zavisnog društva.

ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

“Akcionari imaju pravo i obavezu da postave parametar korporativnog ponašanja na osnovu kojih menadžment treba da ostvari profit.”

Eliot Spitzer

Glavni zaključak sveobuhvatne analize jednog pravnog instituta je njegovo pozicioniranje u pravnom sistemu, odnosno, iznalaženje argumentovanog objašnjenja koje treba da pruži adekvatno opravdanje za njegovo zadržavanje u pravnom poretku. Ovaj zadatak se ukazuje naročito nužnim kod kontraverznih pravnih instituta, poput derivativne tužbe, kod kojih je svaka tematizacija prirode, dometa, svrhe i značaja izvorište rasprava obojenih dubokim nesaglasjem i polarizovanih gledišta. Takvo stanje posljedica je jedinstvene pravne konstrukcije derivativne tužbe, koja za razliku od drugih formi sudske zaštite koje su na raspolaganju članovima društva - direktnih tužbi (individualne i kolektivne) predstavlja karakterističan pravni instrument zaštite privrednog društva, a samim tim i njegovih članova, u situaciji kada njihovi interesi nisu povrijeđeni neposredno, već posredno - povredom interesa privrednog društva i to od strane onih koji su odgovorni da ih štite.

Pluralitet konstituenata privrednog društva ima za posledicu pluralitet interesa zastupljenih u njemu, koji iako konvergiraju istom zajedničkom cilju – uspješnom poslovanju društva, ispoljavaju i brojne druge partikularne ciljeve, nerijetko različite od interesa društva kao zasebnog entiteta. Interesna disharmonija u privrednom društvu dodatno je naglašena okolnošću odvajanja vlasničke od upravljačke funkcije usled koje je izdiferenciran obligacionopravni odnos principal – agent, najvidljivije izražen u odnosu članova i uprave društva. Delegacija prava odlučivanja, koja je temelj korporativnog upravljanja, naročito u uslovima velike disperzije vlasništva karakterističnog za države *common law* sistema, ima za posledicu da članovi nisu u mogućnosti da se direktno uključe u donošenje svih poslovnih odluka niti da sprovedu potpuni nadzor nad radom uprave, tako da uprava uživa veliku diskreciju u domenu svakodnevnog upravljanja društvom. Sa druge strane, zemlje kontinentalne pravne tradicije, u kojima praksa akcionarstva nije dostigla visok stepen razvoja, najčešće karakteriše visoka koncentracija vlasništva kada jedan ili više članova društva posjeduju značajno učešće u osnovnom kapitalu društva, što im omogućava

ostvarenje direktne ili indirektne kontrole nad društvom. Pored toga, mehanizmi kontrole rada uprave od strane članova društva su bitno limitirani i informacionom asimetrijom, tj. boljom dostupnošću informacija članovima uprave u odnosu na članove društva i sledstveno tome, odsustvom jasne procjene da li je konkretna odluka uprave donijeta u interesu društva ili ne.

Ne treba posebno isticati da interes prosječnog vlasnika kapitala za maksimizacijom dobiti ne mora korespondirati interesima prosječnog člana odbora direktora koji ima fiksna primanja, niti očekivati da interesi manjinskih i većinskih vlasnika kapitala moraju biti istovjetni. Na taj način je teorija kompanijskog prava prepoznala tri dimenzije višeslojnosti interesa u privrednom društvu kao izvora potencijalnih sukoba, na relaciji: članova – uprave društva (naročito u uslovima disperzovanog vlasništva), kao konflikt interesa između principala i agenta, tj. nalogodavca i nalogoprimca; većinskih – manjinskih članova, što je karakteriše klimu koncentrisanog vlasništva, kao opasnost od zloupotrebe principa većinskog odlučivanja (tzv. „tiranije većine“); i društva/članova – ostalih nosilaca rizika (povjerioci, poslovni partneri, zaposleni, potrošači, država i lokalna zajednica), što je široko rasprostranjeno u svim društvima, nezavisno od strukture vlasništva. Takav mozaik raznovrsnih interesa prisutnih u strukturi privrednog društva neizbježno vodi učestalim konfliktima njihovih nosilaca i stavlja kompanijsko pravo pred zahtjev permanentnog razvoja svojih instrumenata u cilju iznalaženja optimalnog modela za balansiranje njihove divergencije. Iz tog razloga je kompanijska zakonodavna infrastruktura ustanovila poseban sistem dužnosti i odgovornosti donosilaca odluka u privrednom društvu sa ciljem što sveobuhvatnije zaštite kako vlasničkog, tako i interesa samog društva. To je naročito izraženo kroz koncept fiducijarnih dužnosti (*fiduciary duty*) koji predstavlja moralnu kategoriju, proizašlu iz načela pravičnosti i izraženu kroz zahtjev jednog lica (fiducijar) da djeluje isključivo u interesu drugog lica (fiducijanta).

Iz tog razloga je i pitanje sudske zaštite prava članova privrednog društva od prevashodnog značaja. Individualna, kolektivna i derivativna tužba, kao osnovni vidovi sudske zaštite prava članova društva, dijametralno su različite kako po svom pravnom osnovu, karakteru povrede, pravnoj prirodi, cilju, procesnim pretpostavkama i pravnim efektima koji se njima postižu. Mapiranje tih razlika i njihova uporedna analiza značajne su za uočavanje karakteristika samih tužbi i njihovo razgraničenje, koje bi se u krajnjem moglo svesti na činjenicu da: dok individualna i kolektivna tužba predstavljaju sredstvo zaštite prava članova koja su neposredno povrijeđena

aktom odgovornog lica, pri čemu dosuđena naknada štete pripada članu/ovima u postupku, derivativna tužba predstavlja mehanizam zaštite društva i posredno povrijeđenih prava njegovih članova, čije se pravo podnošenja po principu derivacije izvodi iz primarnog prava samog društva na podnošenje direktne tužbe, kojem i pripada dosuđena naknada štete.

Zbog toga se u literaturi nerijetko ističe da derivativna tužba predstavlja „poslednju liniju odbrane“ od nesavjesne uprave društva, ali dubljim razumijevanjem njene suštine i sagledavanjem njenog potencijala, nameće se zaključak da ona istovremeno predstavlja i „prvu liniju odbrane“, kao svojevrsno preventivno sredstvo pritiska na direktore i druga odgovorna lica koje ih stimuliše da svoje poslovne odluke formulišu na način da njima ne prouzrokuju štetu društvu i time sebe izlože tužbi. Iako se primarni cilj derivativne tužbe ne ogleda u regulisanju internih odnosa u društvu jer do njene primjene dolazi kada je konflikt već nastao, ona sekundarno - putem ostvarenja svog primarnog cilja kroz zaštitu samog društva, posredno štiti i njegove članove od nedozvoljenog ponašanja subjekata posebnih dužnosti. U tom smislu, derivativna tužba ostvaruje važnu ulogu u korigovanju nedostataka korporativnog upravljanja, ali ne u smislu sprječavanja nastupanja agencijskih problema, već u smislu njihovog rješavanja u situacijama u kada su oni već nastupili. Takođe, specifična priroda derivativne tužbe ne omogućava njeno supstituisanje drugim instrumentima u sistemu korporativnog upravljanja, što je još jedan argument u prilog tezi da ona u tom sistemu zaslužuje posebno mjesto.

Značaj derivativne tužbe naglašen je percepcijom da ona predstavlja vid zaštite manjinskih akcionara, odnosno, investitora koja poprima sve veću aktuelnost u tranzicionim ekonomijama. Naime, na nedovoljno razvijenim finansijskim tržištima, posebno onim koja prati i sistematska pravna nesigurnost, naglašena je potreba za zaštitom manjinskih akcionara (“*protection of minor shareholders*”). Kao što je za demokratiju jedne države od suštinskog značaja da garantuje i efikasno štiti prava nacionalnih manjina, tako je i zaštita manjinskih akcionara od krucijalne važnosti za demokratiju privrednih društva.⁶²⁵ Kako manjinski akcionari, po pravilu, nemaju dovoljnu mjeru interesa u društvu koja bi ih motivisala na intezivniji angažman u pogledu kontrole nad radom uprave, adekvatna zaštita njihovih prava u velikoj mjeri osnažuje njihovu poziciju u

⁶²⁵ V., Veković, *Zaštita manjinskih akcionara kroz derivativnu tužbu*, Beograd, 2011, str. 9.

društvu podstičući ih da aktivnije sprovede nadzor i preispituju odluke uprave, što se odražava na kvalitet poslovanja u cjelini.

U tom smislu, mogućnost podnošenja derivativne tužbe ima značajno mjesto u sistemu zaštite prava manjine po kapitalu, zbog čega se često u literaturi ona označava kao posebno pravo manjinskih akcionara. Međutim, ovo je samo djelimično tačno i usko povezano sa potrebom definisanja pravne prirode derivativne tužbe. Derivativna tužba ne može biti posebno pravo manjinskih članova društva iz razloga što sama definicija subjektivnog prava, kao ovlašćenja koje objektivno pravo priznaje pravnom subjektu, upućuje da ono mora biti praćeno obavezom drugih lica. Međutim, pravo na podnošenje derivativne tužbe nije praćeno nikakvom obavezom drugog lica, jer ukoliko društvo ne postupi po prethodnom zahtjevu kojim se inicira derivativna tužba, posljedica se ne ogleda u mogućnosti prinudnog, već direktnog vršenja.⁶²⁶ Iz tog razloga pravna priroda derivativne tužbe ne odgovara pravnoj prirodi subjektivnog prava, ali je određiva putem koncepta pravnog stanja, kao instituta građanskog prava koji podrazumijeva postojanje izvjesnih elemenata kojima nedostaje određena činjenica da bi dobili karakter subjektivnog prava. U tom pogledu, derivativna tužba u svojoj inicijalnoj fazi predstavlja pravno stanje, budući da sticanjem svojstva člana društva nastaje materijalnopравни odnos koji može dovesti do nastanka prava na podnošenje derivativne tužbe nakon ispunjenja drugih uslova – podnošenja prethodnog zahtjeva društvu i propisanog kapital učešća.

Član društva se nalazi u pravnom stanju koje može ishodovati pravom na podnošenje derivativne tužbe sve do momenta prijema negativnog odgovora na upućeni zahtjev ili nepostupanja po njemu. Dakle, derivativna tužba nema prirodu subjektivnog prava, već ovlašćenja koje je slično subjektivnom pravu i proizilazi kao posljedica njegove pravne pozicije kao člana društva. U konačnom ishodu može se zaključiti da derivativna tužba ima dvostruku pravnu prirodu, jer u fazi prije podnošenja tužbe sudu sadrži elemente pravnog stanja, odnosno pravne pozicije člana društva, dok od trenutka podnošenja tužbe predstavlja parničnu radnju.⁶²⁷ Iz tog razloga derivativna tužba ima *supsidijarni* (jer se njeno podnošenje može spriječiti jedino podnošenjem

⁶²⁶ J., Veličković, op. cit., str. 124.

⁶²⁷ *ibid*, str. 126.

direktne tužbe od strane društva) i u određenoj meri *akcesorni* karakter jer primarni tužilac po logici stvari treba da bude samo onaj kome je šteta i nanijeta, tj. u ovom slučaju samo privredno društvo kojem, u slučaju uspijeha u sporu, pripada dosuđeni iznos naknade.

Specifičnost pravnog subjektiviteta pravnih lica uzrok je problema definisanja pravne prirode derivativne tužbe, budući da ovlašćenje na podnošenje tužbe pripada licu koje nije titular subjektivnog prava koje se tužbom štiti (već ono pripada privrednom društvu što podrazumijeva da sprovođenje njegove zaštite vrše isključivo njegovi organi). Iako pravni subjektivitet privrednog društva postulira da je, iz pravne vizure, pravno društvo entitet sposoban za sticanje, posjedovanje i otuđenje svojine, zaključivanje ugovora i izvršenje prestupa, te sledstveno tome može tužiti i biti tužen, u realnosti svaki njegov član trpi gubitak u slučaju kada je društvu nanijeta šteta. Budući da u postupku pokrenutom po njoj zaštitu povrijeđenog prava ne traži titular tog prava, već procesna legitimacija za vođenje postupka pripada članu društva, derivativna tužba je izuzetak od opšteg načela građanskog prava o jedinstvu stvarne i procesne legitimacije. Osim toga, derivativna tužba predstavlja izuzetak i od opštih načela kompanijskog prava. Kao jedno od bitnijih načela kompanijskog prava koje se primjenjuje na društva kapitala - raspodjela korporativne moći predviđa da je za donošenje svih odluka uvijek nadležan određeni organ koji donosi odluke u ime društva⁶²⁸. Međutim, kod derivativne tužbe to nije slučaj iz razloga što odluku o njenom podnošenju ne donosi nadležni organ - uprava društva, već njegovi članovi sa propisanim kapital cenzusom. Isto tako, ova tužba predstavlja važan izuzetak i od načela većinskog odlučivanja, budući da je mogu podnijeti članovi društva koji posjeduju znatno niži procenat učešća u osnovnom kapitalu društva u odnosu na uobičajnu većinu koja je potrebna za donošenje odluka u društvu.

Ipak, ima autora koji derivativnoj tužbi negiraju značaj zaštite manjinskih članova, budući da je ona usmjerena na zaštitu interesa društva, a ne njegovih članova. Kao dodatan argument ističe se da potencijalni pozitivni efekti koji članovi društva posredno ostvaruju u slučaju uspješnog okončanog postupka po derivativnoj tužbi zahvataju sve članove društva, a ne samo manjinske. Međutim, smatramo da u redovnoj konstelaciji odnosa unutar jednog društva, većinski članovi teško mogu doći u situaciju da izglasana odluka ne odgovara njihovim interesima u mjeri u kojoj

⁶²⁸ član 3., ZPD.

je to slučaj sa manjinskim, a čest je slučaj da se većinskim članovima prigovara zloupotreba tehnike većine za afirmaciju svojih ličnih interesa, a na štetu interesa društva. Stoga je opravdano ostati pri stavu da derivativna tužba faktički i jeste instrument zaštite manjine po kapitalu. Ona je jedan od rijetkih izuzetaka od pravila većinskog odlučivanja koji omogućava da volja društva bude izražena i od strane manjine u društvu kao sredstvo prinudne realizacije posebnih dužnosti prema privrednom društvu, odnosno, svojevrsna sankcija za kršenje tih dužnosti.

Derivativna tužba ne predstavlja opštu tužbu kompanijskog prava, već se može podnijeti isključivo u specifičnim zakonom propisanim slučajevima. Posebno, kada je riječ o materijalnom (objektivnom) domenu primjene, derivativna tužba je dvostruko ograničena, jer osim što se može podnijeti samo povodom tačno određenih instituta kompanijskog prava, derivativnom tužbom je moguće zahtjevati i samo zakonom propisanu pravnu posljedicu. Iz objektivnog domena njene primjene izvodi se i subjektivni domen budući da od osnova podnošenja tužbe zavisi i krug lica protiv kojih se ona može podnijeti. U srpskom pravu on je vrlo precizno određen na način da se u slučaju povrede posebnih dužnosti prema privrednom društvu tužba može podnijeti protiv imaoaca posebnih dužnosti: članova društva sa ograničenom odgovornošću koji posjeduju značajno učešće u osnovnom kapitalu društva i člana društva koji je kontrolni član; akcionara koji posjeduju značajno učešće u osnovnom kapitalu društva i kontrolnog akcionara; direktora, članova nadzornog odbora, zastupnika i prokurista; likvidacionog upravnika, pri čemu je ostavljena mogućnost da se osnivačkim aktom ili statutom društva krug tih lica proširi. Kod povrede pravila o ograničenjima plaćanja, subjektivni domen primjene odnosi se na člana društva kojem je izvršeno plaćanje; članova društva koji su odobrili nedopuštene isplate putem glasanja na skupštini, direktora, odnosno članova nadzornog odbora (ako je upravljanje društvom dvodomno) koji su ta plaćanja odobrili i koji su znali ili su, prema okolnostima slučaja mogli znati, da su ta plaćanja u suprotnosti sa odredbama zakona o ograničenjima plaćanja, kao i drugih direktora, odnosno članova nadzornog odbora i članova društva, za koje se dokaže da su namjerno ili grubom nepažnjom doprinijeli da društvo izvrši nedopušteno plaćanje. U slučaju isključenja člana društva sa ograničenom odgovornošću odlukom suda, pasivno je legitimisan član društva koji je namjerno ili grubom nepažnjom prouzrokovao štetu društvu; nije izvršavao posebne dužnosti prema društvu propisane zakonom ili osnivačkim aktom; svojim radnjama ili propuštanjem, protivno osnivačkom aktu, zakonu ili dobrim poslovnim običajima, spriječio ili u značajnoj mjeri otežao poslovanje

društva, kao i kod kojeg postoji osnov za isključenje određen osnivačkim aktom ili drugim opravdanim razlozima.

Kao institut izrazite poliformnosti u pogledu ostvarivanja ciljeva, derivativna tužba zaslužuje značajno mjesto u pravnom sistemu kao:

1. važan instrument zaštite privrednog društva u smislu rijetkog izuzetka koji dozvoljava da volja društva bude izražena i od strane manjine po kapitalu;
2. sredstvo disciplinovanja uprave, kao svojevrsna sankcija za nezakonito i prevarno postupanje nosilaca posebnih dužnosti prema privrednom društvu; i
3. korektivni mehanizam korporativnog upravljanja kojim se kroz specifičnu delegaciju nadležnosti prava odlučivanja u društvu, omogućava da se obezbijedi zaštita društva i od strane onih kojih su primarno pozvani da je obezbijede.

Iznijetu koncepciju možemo sublimirati u sledećem: derivativna tužba predstavlja instrument zaštite privrednog društva kojim se, usled kršenja posebnih dužnosti, nadležnost za donošenje odluka u društvu delegira sa njenih imalaca na one koji putem redovnih mehanizama korporativnog upravljanja ne mogu imati značajniji uticaj na donošenje odluka u društvu (manjine po kapitalu), čime se posrednim putem ostvaruje i njihova zaštita.

U tom smislu, derivativna tužba kao potentni mehanizam za zaštitu prava članova društva i poboljšanje efektivnosti korporativnog upravljanja, bilježi upečatljivi paradoks u ekonomskim podsticajima: dok određeni broj teoretičara ističe da se rezultati derivativne tužbe najčešće ogledaju u ekonomskim gubicima za članove društva koji je podnose, većina zakonodavaca ih popularizuje kao neophodni instrument zaštite od nesavjesnog ponašanja direktora, kontrolnih članova i drugih lica koja su dužna da djeluju u interesu društva. Iz tog razloga, cilj kojem zakonodavna infrastruktura teži je dizajniranje adekvatnog procesnog aparata koji će uspostaviti ravnotežu između *načela većine*, kao temeljne filozofije privrednog društva i *načela zaštite manjine*, te sa jedne strane, stimulisati članove na podnošenje derivativne tužbe, a sa druge, stati na put njenim potencijalnim zloupotrebama.

Sa obzirom na ovu divergentnu ambiciju, nije iznenađujuće što derivativna tužba sve više nagomilava interes komparativnih pravnika, tako da je osim analiza pojedinih aspekata derivativne tužbe, u poslednjih nekoliko godina objavljeno više ozbiljnih bilateralnih i multilateralnih studija sa direktnim fokusom na perspektivu derivativne tužbe u kontekstu efektivnog sprovođenja prava akcionara. U tom smislu, može se reći da je ljepota derivativne tužbe zaista u očima posmatrača, što je čini zreloom za naučnu raspravu. U zavisnosti od tačke gledišta, može se smatrati funkcionalnom nužnošću za ciljno usmjeravanje dužnosti direktora ili lijek koji je gori od bolesti koju liječi zbog složenih proceduralnih problema koji ga guše. Ovo drugo gledište se objašnjava nekom čudnom sklonošću kompanijskog prava ka progonu velikih ideja.

I sama evolucija derivativne tužbe predstavlja refleksiju evolucije kompanijskog prava u cjelini. Početak te evolucije nosio je obilježja tendencije da se pravni subjektivitet društva jasno razgraniči od svog personalnog supstrata, što je rezultiralo čuvenim odbijanjem derivativne tužbe u precedentnom slučaju *Foss v Harbottle* uz obrazloženje da privredno društvo i njegovi akcionari nemaju identičan pravni položaj, te da tužbu za povredu interesa društva može podnijeti isključivo društvo. U trenutku kada više nije bilo potrebe da se derivativnom tužbom primarno štite osnovni principi kompanijskog prava, postavilo se značajnije pitanje, a to je šta predstavlja sadržinu pravnog subjektiviteta društva, što podrazumeva i pitanje šta predstavlja interes privrednog društva, kao samostalnog pravnog subjekta.⁶²⁹ Na taj način, derivativna tužba može predstavljati i potvrdu teorije o fikciji pravnog subjektiviteta društva, jer svaka njena tematizacija otvara debatu na temu koja to fizička lica unutar pravnog lica imaju pravo da stanu u obranu njegovih legitimnih interesa? Zato situacija u kojoj se član društva obraća sudu sa zahtjevom da obaveže upravu društva da nadoknadi štetu društvu predstavlja najilustrativniji izraz proboja prirodnog prava u kompanijsko pravo, tj. davanje prednosti načelu pravičnosti u odnosu na pozitivno pravo koje nalaže da uprava, kao zastupnik društva u pravnom prometu, jedina ima ovlašćenje da u ime društva traži naknadu pričinjene štete. U tom smislu jedini način da se prevaziđe ovaj specifični konflikt interesa bio je upravo putem derivativne tužbe, čime se pokazala kao efikasno sredstvo zaštite vlasničkih interesa od nesavjesne uprave⁶³⁰ i produkt praktične razrade teorije pravičnosti (“*Theory of equity*“).

⁶²⁹ J. Veličković, str. 601.

⁶³⁰ V. Savković, op. cit., str. 44.

Uprkos brojnim zloupotrebama koje su se vremenom razvile u vezi sa njom, derivativna tužba je ipak postigla mnogo u upravljanju korporativnim sistemima zemalja koje bilježe visoku stopu njene primjene. Kako to lijepo zaključuje jedan američki sudija: „Ona je obučila korporativne direktore o značaju fiducijarnih dužnosti i potpune lojalnosti. Ona je akcionarima ulila povjerenje u rad uprave. Ona je odvrtila lica koja nisu iskreno zainteresovana za korporaciju od članstva u odborima... Iz tog razloga mjera efektivnosti derivativne tužbe se ne može odrediti jednostavnim proračunom dosuđenih naknada štete u postupcima okončanim uspjehom tužioca, jer je kolateralni efekat takvih tužbi, bez sumnje, daleko obimniji i obuhvata mnoge posljedice koje se ne mogu kvantifikovati.”⁶³¹.

Ironično, uprkos generacijama zakonodavnog zanatstva i akademskih istraživanja, čini se da još nije pronađen savršen ekvilibrijum između potrebnih podsticaja za efikasno sprovođenje derivativne tužbe i neophodnih preventivnih mjera za sprječavanje njihovih zloupotreba. I dok iznalaženje takvog ekvilibrijuma liči na potragu za “Svetim gralom” koji možda nikada neće biti pronađen, ne treba izgubiti iz vida da prepreke na putu ostvarenja nekog cilja, znače samo teškoću da se do njega dođe, ali ne i nemogućnost da se to postigne.

⁶³¹ *Brendle v. Smith*, 46 F. Supp. 522 (S.D.N.Y. 1942).

LITERATURA:

1. A., Barak, A Comparative Look at Protection of the Shareholders' Interest Variations on the Derivative Suit, *International and Comparative Law Quarterly*, br. 20, 1971.
2. A., Berle, M., Gardiner, *The Modern Corporation and Private Property*, New York, 1968.
3. A., Bulbulia, D., Pinto, Statutory Responses to Interested Directors' Transactions: A Watering Down of Fiduciary Standards?, *Notre Dame Law*, br. 168, 1997.
4. A., Cadbury, The Genesis of Corporate Governance, *Oxford Scholarship Online*, 2005.
5. A., Chander, Minorities, Shareholder and Otherwise, *Yale Law Journal*, br. 113, 2000.
6. A., Ćirić, Transnacionalne kompanije kao oblik poslovanja na međunarodnom tržištu, *Pravo i privreda*, br. 5-8, 2008.
7. A., Coffee, B., Schwartz, The Survival of the Derivative Suit: An Evaluation and a Proposal for Legislative Reform, *Columbia Law Review*, br. 81, 1981.
8. A., de Tokvil, *O demokratiji u Americi*, Podgorica, 1990.
9. A., Janet, *An Introduction to Class Action Procedure in the United States*, Geneva, 2000.
10. A., Mihailović, *Društvena odgovornost kompanija u odnosu na državu i lokalnu zajednicu*, Beograd, 2015.
11. A., Watson, *Legal Transplants – An Approach to Comparative Law*, Edinburgh, 1974.
12. *Abbey v. Control Data Corp.*, 603 F.2d 724 (8th Cir. 1979), *cert. denied*, 444 U.S. 1017 (1980).
13. *Aronson v. Lewis*, 473 A.2d 805 (Del. 1984).
14. *Auerbach v. Bennett*, 393 N.E.2d 994 (N.Y. 1979).
15. *Auerbach v. Bennetta* 47 NI2d 619, (1979).
16. B., Thompson, R. S., Thomas, The Public and Private Faces of Derivative Lawsuits, *Vanderbilt Law Review*, br. 57, 2004.
17. B. A., Garner, *Black's Law Dictionary*, Minnesota, 2004.
18. B. Black, B. Cheffins, M. Klausner, *Outside Director Liability*, Detroit, 2006.
19. B. Poznić, V. Rakić-Vodinelić, *Građansko procesno pravo*, Beograd, 2015.
20. B. S. J., Prunty: *The Shareholder's Derivative Suit: Notes on Its Derivation*, New York, 1957.

21. B. S., Sharfman, The importance of the business judgment rule, *New York University Journal of Law & Business*, br. 1, 2017.
22. B., Babović, *Množina subjekata u parničnom postupku sa elementom inostranosti*, Beograd, 2019.
23. B., Babović, O diskrepanci između stvarne i procesne legitimacije kod organizacionih tužbi, *Srpska politička misao*, br. 4, 2015.
24. B., Babović, Zaštita kolektivnih interesa potrošača, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 2, 2014.
25. B., Constant, *Načela politike i drugi spisi*, Zagreb, 1993.
26. B., Grelon: Shareholder's Lawsuits against the Management of the Company and its Shareholders under French Law, *European Company and Financial Law Review*, br. 2–3, 2009.
27. B., Marković, *IV Zbornik za teoriju prava*, Beograd, 1990.
28. B., Mihajlović, *Dužnost lojalnosti prema privrednom društvu*, Kragujevac, 2017.
29. B., Tricker, *Corporate Governance: Principles, Policies and Practices*, New York, 2009.
30. Bailey v. Glover, 88 U.S. (21 Wall.) 343 (1875).
31. C. G., Beuerle, P., Paech, E., Schuster, *Annex to Study on Directors' Duties and Liability*, London, 2013.
32. C. H., Black, *Black's Law Dictionary*, Minnesota, 1983.
33. C. M., Schmitthoff, The Rule of the Majority and the Protection of the Minority, *Studi Di Diritto Privato*, br. 8., 1991.
34. C., Bergstrom, P., Hogfeldt et al., The Regulation of Corporate Acquisitions: A Law and Economics Analysis of European Proposals for Reform, *Columbia Business Law Review*, br. 1995, 1995.
35. C., Coffee, D. E., Schwartz, *The Survival of the Derivative Suit: An Evaluation and a Proposal for Legislative Reform*, *Columbia Law Review*, br. 81, 1981.
36. C., Steinberg, The Use of Special Litigation Committees to Terminate Shareholder Derivative Suits, *Miami Law Review*, br. 35, 1980.
37. C., Wright, *Law of Federal Court*, Oxford, 2016.
38. C., Zhang, *Kollektiver Rechtsschutz nach dem deutschen Unterlassungsklagegesetz*, Göttingen, 2009.

39. Caremark Int'l. Inc. Derivative Litig., 698 A.2d (Del. Ch. 1996).
40. Centar za edukaciju sudija i tužilaca, *Naknada štete*, Banja Luka, 2006.
41. Clean Hands: Everything You Need to Know, <https://www.upcounsel.com/clean-hands> .
42. Cohen v. Beneficial Indus. Loan Corp., 337 U.S. 541, 1949.
43. Companies Act 2006, dostupno na: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/contents>.
44. Corbus v. Alaska Treadwell Gold Mining Co., 187 U.S. 455 (1903).
45. Council Regulation (EC) on the Statute for a European company (SE), br. 2157/2001 Official Journal of the European Communities, http://europa.eu.int/curex/en/archive/2001/1_29420011110en.html .
46. Court of Appeal, *Bristol & West Building Society v Mothev*, EWCA Civ 533, 1997.
47. Court of Appeals of the State of New York, br. 100 N. E. 721, Dec 31, 1912.
48. Cramer v. General Tel. & Elecs. Corp., 582 F.2d 259, 275 (3d Cir. 1978).
49. D. A., De Mott, Derivative Suit Settlements: In Search of a New Lodestar, *Law and Contemporary Problems: Shareholder Litigation*, br. 3, 1985.
50. D. C., Skinner, Director Responsibilities And Liability Exposure In The Era Of Sarbanes-Oxley, *The Practical Lawyer*, 2006.
51. D. D., Mott: *Shareholder Derivative Actions: Law and Practice*, St. Paul – Minnesota, 1999.
52. D. J., Dykstra, Revival of the Derivative Suit, *University of Pennsylvania Law Review*, br. 116, 1967.
53. D. L., Garza: Conflict of Interest Transactions: Fiduciary duties of corporate Directors Who Are Also controlling shareholders, *Denver Law Review*, br. 57, 1980.
54. D. P., Curtin, Demand on Directors and Shareholders As a Prerequisite to a Derivative Suit, *Harvard Law Review*, br. 4, 1960.
55. D. W., Hawes, In search of a middle ground between the perceived excesses of US-style class actions and the generally ineffective collective action procedures in Europe, *Perspectives in company law and financial regulation*, Cambridge, New York, 2009.
56. D., Branson, *Corporate Governance*, Washington, 1993.

57. D., Brown, E., Phillips: The Business Judgment Rule: *Burks v. Lasker* and Other Recent Developments, *Corporation Law*, br. 6., 1981.
58. D., Capriles, Fifteen-Year Survey of Corporate Developments: 1944-59, *Vanderbilt Law Review*, br. 13., 1959.
59. D., Cox, Searching for the Corporation's Voice in Derivative Suit Litigation: A Critique of *Zapata* and the ALI Project, *Duke Law Journal*, 1982.
60. D., Daube, *Societas as Consensual Contract*, *Cambridge Law Journal*, 1938.
61. D., Demot, *Shareholder Derivative Actions*, *Law and Practice*, Kent, 1992.
62. D., Dubajić, Interesi u osnovi korporativnog upravljanja – dobit akcionara versus društvena odgovornost, *Pravni zapisi*, br. 2, 2017.
63. D., Dykstra, *The Revival of the Derivative Suit*, Washington, 1967.
64. D., French, S., Mayson, C., Ryan, *Company Law*, Oxford, 2010.
65. D., Golubović: Derivatívna tužba instrument zaštite manjinskih interesa, *Pravni život*, br. 11, Beograd, 1995.
66. D., Jurić, Pravo manjinskih dioničara na podnošenje tužbe u ime dioničarkog društva protiv članova uprave i nadzornog odbora, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, br. 1., Rijeka, 2007.
67. D., Lewis, Whistleblowing in a changing legal climate: is it time to revisit our approach to trust and loyalty at the workplace?, 20(1), *Business Ethics: A European Review*, 2011.
68. D., Marković-Bajalović, Položaj manjinskih akcionara (u uporednom zakonodavstvu i prema Zakonu o privrednim društvima), *Novo privredno zakonodavstvo*, Kragujevac, 2005.
69. D., Milenović, Pravne posledice otvaranja stečajnog postupka, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 30, 1990.
70. D., Mohora, *Osnovi modernog akcionarstva*, Beograd, 2010.
71. D., Mott: *Shareholder Derivative Actions: Law and Practice*, Minnesota, 1999.
72. D., Radonjić, *Pravo privrednih društava*, Podgorica, 2008.
73. D., Ranđelović, Tužba u parničnom postupku (pojam, vrste i elementi), *Pravne teme*, god. 4, br. 7, 2016.
74. D., Slijepčević, Individualne i derivativne tužbe po Zakonu o privrednim društvima, *Korporativno upravljanje*, Beograd, 2009.
75. D., Subotić, *Korporativna društvena odgovornost: vrednosti, principi, modeli*, Beograd, 2009.

76. D., Terziyski, Company Law, Director's Duties, *Comparative Company Law*, 2014.
77. Delaware Supreme Court, *The Walt Disney Company Derivative Litigation*, br. 411, 2005., [http://courts.delaware.gov/opinions/\(wqdsib55g41131ajtaxpls55\)/download.aspx?ID=77400](http://courts.delaware.gov/opinions/(wqdsib55g41131ajtaxpls55)/download.aspx?ID=77400) .
78. Delaware Rules of Civil Procedure, <https://www.mass.gov/rules-of-civil-procedure/civil-procedure-rule-231-derivative-actions-by-shareholders#rule-23-1>.
79. *Desimone v. Industrial Bio-Test Laboratories, Inc.*, (S.D.N. Y, 1979.).
80. Directive 2006/46/EC od 14. juna 2006, O. J. (L 224), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32006L0046> .
81. Directive 2007/36/EC of the European Parliament and of the Council of July 11, 2007 on the exercise of certain rights of shareholders in listed companies, O. J. (L 184/17), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32007L0036> .
82. Directive 2007/36/EC of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the exercise of certain rights of shareholders in listed companies, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32007L0036> .
83. E. E., Kallgren: Corporations: Shareholder Action to Compel Declaration of Dividends Held to Be a Derivative Suit under Security-for-Expenses Statute, *California Law Review*, vol. 41., br. 3, 1953.
84. E. Fryar, Corporate Fiduciary Duties to Shareholders, <https://www.shareholderoppression.com/fiduciary-duty-to-shareholders>.
85. E., Dawson, Estoppel and Statutes of Limitations, *Michigan Law Review*, br. 34, 1935.
86. E., Dawson, Fraudulent Concealment and Statutes of Limitations, *Michigan Law Review*, br. 31, 1933.
87. E., Freeman, A Stakeholder Theory of the Modern Corporation, *Ethical Theory and Business*, Tom Beauchamp and Norman Bowie, 2004.
88. E., Harbrecht, The Contemporaneous Ownership Rule in Shareholders' Derivative Suits, *U.C.L.A. Law Review*, br. 25, 1978.
89. E., Harbrecht, The Modern Corporation Revisited, *Columbia Law Review*, br. 64, 1964.
90. E., Hornstein, The Death Knell of Stockholders' Derivative Suits in New York, *California Law Review*, br. 32, 1944.

91. E., Picker, H. H., Jakobs, B., Knobbe-Keuk, J., Wilhelm, Hauptintervention, Forderungsprätendentenstreit und Urheberbenennung - Zugleich ein Beitrag zum Thema Prozeßrecht und materielles Recht, *Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag*, Köln, 1978.
92. E., Reclus, *Evolucija, revolucija i anarhistički ideal*, Zagreb, 2001.
93. Ensign Corp., S.A. v. Interlogic Trace Inc., 1990 U.S. Dist. LEXIS 17147, (S.D.N.Y. 1990).
94. European Commission proposal for amending the Accounting Directives - Frequently Asked Questions European Commission - MEMO/04/246, http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-04-246_en.htm, .
95. European Parliament and Council Directive (EC) 2003/71 on the Prospectus to be Published When Securities Are to Be Offered to the Public or Admitted to Trading and Amending Directive (EC) 2001/34, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32003L0071> .
96. European Parliament and Council Directive (EC) 2004/109 on the Harmonization of Transparency Requirements in Relation to Information About Issuers Whose Securities Are Admitted to Trading on a Regulated Market and Amending Directive (EC) 2002/34 O.J. (L 390), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32004L0109> .
97. European Parliament and Council Directive (EC) No. 2006/43 of May 17, 2006, on Statutory Audits of Annual Accounts, amending Council Directive (EEC) No. 78/660 and Council Directive (EEC) No. 83/349/EEC and repealing Council Directive (EEC) No. 84/253, O.J. (L 157), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32006L0043> .
98. F. A., Gewurtz, Disney in a Comparative Light, *SSRN Electronic Paper Collection*, 2007, <http://ssrn.com/abstract=965596> .
99. F. H., Easterbrook, D. R., Fischel, Corporate Control Transactions, *Yale Law Journal*, br. 91, 1982.
100. F. H., Easterbrook, D. R., Fischel, *The Economic Structure of Corporate Law*, Cambridge, 1998.
101. F. Wood, *Special Committee on Corporate Litigation of the Chamber of Commerce of the State of New York, Survey and Report Regarding Stockholders' Derivative Suits*, New York, 1944.

102. F., Conard, Wining Derivative Suits Through Attorneys Fees, *Law and Contemporary Problems*, br. 1, 1984.
103. Federal Rules of Civil Procedure, Private Securities Litigation Reform Act of 1995, <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/78u-4>.
104. Federal Supreme Court BGH (*Bundesgerichtshof*), br. 3 StR 470/04., 21.12.2005, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2006.
105. Forbes v. Wells Beach Casino Inc., 307 A .2d 210, (1973).
106. G. P., Williams, E. O., Williford, Derivative Litigation: Fundamental Concepts and Recent Developments, *Review of Developments in Business and Corporate Litigation*, 2005.
107. G. W., Dent, The Power of Directors to Terminate Shareholder Litigation: The Death of the Derivative Suit?, *New York Law Review* , br. 75, 1980.
108. G., Barać - Ručević, S., Ledić, *Troškovi parničnog postupka*, Zagreb, 2018.
109. G., Goodhart, Costs, *Yale Law Journal*, br. 38, 1929.
110. G., Hornstein, *Corpotation Law*, New York, 1968.
111. G., Maričić, *Organi upravljanja u akcionarskim društvima*, Novi Sad, 2017.
112. G., Prouty, Business Associations, *New York Law Review*, br. 35, 1960.
113. G., Ripert: Aspects juridiques du capitalisme modern, *LGDJ*, 1992.
114. G., Stanković, Prekid parničnog postupka, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, 1974.
115. G., Wirth, M., Arnold, R., Morshauser, M., Greene, *Corporate Law in Germany*, Munchen, 2010.
116. Gibson Dunn, 2018 Year-End Securities Litigation Update, March 2019; <https://www.gibsondunn.com/2018-year-end-securities-litigation-update/> .
117. Girmes Decision, BGHZ 129, 136 (1995).
118. H. F., Muller, *Die Durchsetzung konzernrechtlicher Ersatzansprü-che nach dem UMAG*, 2006.
119. H. Henn, *Law of Corporations*, Minnesota, 1983.
120. H., Baum, D., Puchniak, The Derivative Action An Economic Historical and Practice-Oriented Approach, *Berkeley Business Law Journal*, 2012.
121. H., Fleischer, Legal Transplants in European Company Law – The Case of Fiduciary Duties, *European Company and Financial Law Review*, br. 2 (3), 2005.

122. H., Hansmann, R., Kraakman, The End of History for Corporate Law, br. 89, *Geo. Law Journal*, 2001.
123. Hawes v. Oakland, 104 U.S. 450 (1881).
124. Hawes v. Oakland, 104 U.S. 450 (1881).
125. J. C., Coffe, D. E., Swartz, The survival of the Derivative Suit: An Evaluation and a Proposal for Legislative Reform, *Columbia Law Review*, 1981.
126. J. C., Coffee, New Myths and Old Realities: The American Law Institute Faces the Derivative Action, *Columbia Law School Scholarship Archive*, 1993.
127. J. D., Cox, *Searching for the Corporation's Voice in Derivative Suit Litigation: A Critique of Zapata and the ALI Project*, Duke, 1982.
128. J. E., Thompson, Direct Harm, Special Injury or Duty Owed: Which Test Allows for the Most Shareholders Success in Direct Shareholders Litigation, *The Journal of Corporation Law*, br. 35, 2009.
129. J. J., Hanks, R. F., Balotti, Rejudging the Business Judgment Rule, *Business Law Review*, br. 183, 2005.
130. J. J., Marović, *Strukturni problemi demokratije u političkom sistemu Evropske Unije*, Beograd, 2012.
131. J. J., Rousseau, *On the Social Contract, with Geneva Manuscript and Political Economy*, New York, 1978.
132. J. Lepetić, *Kompanijskopравни režim sukoba interesa*, Beograd, 2014.
133. J., Hasnas, *The Normative Theories of Business Ethics*, Cambridge, 1998.
134. J., Babić, Društvena odgovornost korporacija, *Sociološki pregled*, br. 4, 2007.
135. J., Bodin, *Šest knjiga o republici*, Zagreb, 2002.
136. J., Charles, G., Morse, *Company Law*, London, 1999.
137. J., Coffee, D., Schwartz, The Survival of the Derivative Suit: An Evaluation and a Proposal for Legislative Reform, *Columbia Law Review*, br. 81, 1981.
138. J., Čolić, *Ograničenja derivativne tužbe iz ugla prava akcionarskih društava*, Beograd, 2011.
139. J., Cory, *Business Ethics: The Ethical Revolution of Minority Shareholders*, Norwell, 2011.
140. J., Desjardins, *An Introduction to Business Ethics*, New York, 2009.

141. J., Lepetić, *Kompanijskopравни režim sukoba interesa*, Beograd, 2014.
142. J., Lepetić, Mehanizmi kolektivne zaštite u kompanijskom pravu i pravu tržišta kapitala, *Pravo i privreda*, br. 4-6, 2016.
143. J., Lepetić, Pravo akcionara na individualnu tužbu, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1, 2014, 2014.
144. J., Milosavljević, Probijanje pravne ličnosti, *Glasnik prava Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu*, Kragujevac, 2018.
145. J., Nikolić, *Interni Mehanizmi korporativnog upravljanja kao determinanta strategijskog odlučivanja*, Beograd, 2014.
146. J., Salma, Pravne osobine građansko-pravne odgovornosti, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 1–2, 2008.
147. J., Veličković, *Derivativna tužba: Kompanijsko-pravna i procesno-pravna analiza*, Beograd, 2019.
148. J., Welch, Shareholder Individual and Derivative Actions: Underlying Rationales and the Closely Held Corporation, *Lousiana Law*, br. 147, 1984.
149. K. E., Sørensen, Duty of loyalty for shareholders – a possible remedy for conflicts in SMEs?, *Nordic and European Company Law Working Paper*, br. 10-01, 2010.
150. K. J., Hopt, *Comparative Company Law*, M., Reimann, R., Zimmermann, The Oxford Handbook of Comparative Law, *Oxford University Press*, 2006.
151. K. J., Hopt, Conflict of Interest, Secrecy and Insider Information of Directors, A Comparative Analysis, *European Company and Financial Law Review*, 2013.
152. K. M., Eisenhrand, Agency theory: an assessment and review, *Academy of Management Review*, br. 14, 1989.
153. K., Đulić, T., Kuzman, Zaštita prava manjinskih akcionara: pravni okvir i primena, *Pod lupom*, br. 4, 2017.
154. K., Grechenig, M., Sekyra, No derivative shareholder suits in Europe: A model of percentage limits and collusion, *International Review of Law and Economics*, vol. 31(1), 2011.
155. K., Kemper, *Financial Services*, Chicago, 1991.
156. K., Krkač, *Uvod u poslovnu etiku i korporacijsku društvenu odgovornost*, Zagreb, 2007.

157. K., Lewis, W., Freeman, *Class Action Lawsuits: A Legal Overview for the 115th Congress*, Washington, 2018.
158. K., Schmidt, Verfolgungspflichten, Verfolgungsrechte und Aktionärsklagen: Ist die Quadratur des Kreises näher gerückt? Gedanken zur Reform der §§ 147-149 AktG vor dem Hintergrund der Juristentagsdiskussion des Jahres 2000, *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, 2005.
159. Kodeks korporativnog upravljanja ("Službeni glasnik RS", br. 1/2006).
160. Kodeks korporativnog upravljanja Beogradske berze a.d. Beograd, br. 04/2, br. 153/08.
161. Kodeks korporativnog upravljanja Privredne komore Srbije, *Službeni glasnik RS* br. 99/12.
162. Komisija za hartije od vrijednosti Crne Gore, *Unaprjeđenje korporativnog upravljanja u Crnoj Gori*, Podgorica, 2009.
163. Krivični zakonik Republike Srbije („Službeni glasnik RS“, br. 85/2005 – 94/2016).
164. L. S., Sealy, *Cases and Materials in Company Law*, London, Butterworths, 1992.
165. L. S., Sealy: Company Law the Derivative Suit and the Shareholder with Unclean Hands, *The Cambridge Law Journal*, 1985.
166. L., Eisen, Limitations on Derivative Actions in Germany and Japan to Prevent Abuse, *Derivative actions in Germany and Japan*, br. 34 (2012), 2012.
167. L., Kukobat, S., Tešanović, S., Kukić, Korporativno upravljanje u Srbiji: Problemi malih akcionara, *Korporativno upravljanje: Rizici u savremenom poslovanju*, 2016.
168. L., Mullenix, *Ending Class Actions as We Know Them: Rethinking the American Class Action*, New York, 2014.
169. L., Strauss, *Prirodno pravo i istorija*, Beograd, 1987.
170. Levis v. Andersona, 615 F.2d 778, 449 US 869 (1980).
171. Linotype decision, BGHZ 103, 184 (1988).
172. I. Ljutić, *Pravna kontrola transnacionalnih kompanija*, Niš, 2013.
173. M. S., Tuttle, Limits on the Power of Directors to Terminate Shareholder Litigation: The Revival of the Derivative Suit, *Cincinnati Law Review*, br. 50, 1981.
174. M. Z., Radović, Uticaj anglosaksonskog prava na srpsko kompanijsko pravo, *Strani pravni život*, br. 63(2), 2019.
175. M., Becht, E., Boehmer, Ownership and Voting Power in Germany, *The Control of Corporate Europe*, 2001.

176. M., Becht, P., Bolton, A., Roell, Corporate Governance and Control, *European Corporate Governing Institute Working Paper Series in Finance*, br. 02/2002, 2002.
177. M., Eisenberg, The Duty of Care of Corporate Directors and Officers, *University of Pittsburgh Law Review*, br. 51/1990, 1990.
178. M., Friedman, The Social Responsibility of Business Is to Increase Its Profits, *New York Times Magazine*, 1970.
179. M., Friedman, *Capitalism and Freedom*, Chicago, 1962.
180. M., Gelter, G., Helleringer, Opportunity Makes a Thief: Corporate Opportunities as Legal Transplant and Convergence in Corporate Law, *Berkley Business Law Journal*, br. 15(1), 2018.
181. M., Gelter, Why do Shareholder Derivative Suits Remain Rare in Continental Europe?, *ECGI – Law Working Paper*, br. 190, 2012.
182. M., Joksović, Konceptualno shvatanje pravne odgovornosti direktora u korporativnom pravu, *Pravo – teorija i praksa*, br. 10-12, 2016.
183. M., Konstatinović, *Skica za Zakonik o obligacijama i ugovorima*, Beograd, 1996.
184. M., Radović, Uticaj anglosaksonskog prava na srpsko kompanijsko pravo, *Strani pravni život*, 2019.
185. M., Roe, The Shareholder Wealth Maximization Norm and Industrial Organization, br. 149, *U. Pa. L. Rev.*, 2001.
186. M., Scarlett, Shareholder Derivative Litigation and Normative Foundation, *Buffalo Law Review*, br. 61, 2013.
187. M., Seansongood, Right of a Stockholder, Suing in Behalf of a Corporation, to Complain of Mis- deeds Occurring Prior to His Acquisition of Stock, *Harvard Law Review*, br. 21, 1907.
188. M., Škuletić, Evropa ne prihvata amerikanizaciju pravosuđa, *Politika*, 2017.
189. M., Tasić, Manjinski akcionari: Opšta pitanja o definisanju pojma i mehanizmima pravne zaštite, *Pravo – teorija i praksa*, br. 4-6, 2017.
190. M., Tasić, Opšta pitanja o definisanju pojma i mehanizmima pravne zaštite, *Pravo – teorija i praksa*, br. 4-6, 2017.
191. M., Tasić, *Pravna zaštita manjinskih akcionara u postupku akvizicije akcionarskih društava*, Novi sad, 2017.
192. M., Vasiljević, Cilil Law and Business Judgement Rule, *Annals FLB – Belgrade Law Review*, br. 3, 2012.

193. M., Vasiljević, Društvena odgovornost kompanija (od politike, preko morala, do prava), *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, vol. 61, br. 1, 2013.
194. M., Vasiljević, *Kompanijsko pravo, Pravo privrednih društava Srbije i EU*, Beograd, 2007.
195. M., Vasiljević, V., Radović, Teorijske osnove prava nesaglasnih akcionara, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 3, 2017.
196. M., Vutt, Shareholder's Derivative Claim — Does Estonian Company Law Require Modernisation?, *Juridica International*, br. 15, 2008.
197. *Maldonado v. Flinn*, 485 F. Supp. 274 (S.D.N.I. 1980)
198. *Maldonado v. Flinna*, 413 A.2d 1251 (Del. Ch. 1980).
199. *Manufacturers Mutual Fire Insurance v. Hopson*, 176 Misc. 220 (N.Y Sup. Ct. 1940).
200. Modernising Company Law and Enhancing Corporate Governance in the European Union – A Plan to Move Forward, COM (2003), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52003DC0284&from=EN> .
201. N. E. Chimicles: The Future of Litigation Under the Private Securities Litigation Reform Act, in *Securities Litigation: Planning and Strategies for the '90s and Beyond, A.L.I. Course of Study Materials*, Larose, 1996.
202. N., Grujić, Odnos ugovorne i vanugovorne odgovornosti, *Zbornik Pravnog fakulteta u Nišu*, LII, 2008..
203. N., Krivokapić, Demokratija – definisanje i karakteristike, *Sociološka luča*, br. X/2, 2016.
204. N., Leevlys, Director's Duties – Is Statutory Codification Needed?, *The Cayman Islands Law Reform Commission*, 2014.
205. N., Machiavelli, *Izabrano djelo*, Zagreb, 1985.
206. OECD Principles of Corporate Governance, <https://www.oecd.org/daf/ca/Corporate-Governance-Principles-ENG.pdf> .
207. *Oracle Corp. Derivative Litig.*, 824 A.2d (Del. Ch. 2003).
208. P. L., Davies, S., Worthington, *Principles of Modern Company Law*, London, 2012.
209. P., Carsten, Derivative Actions under English and German Corporate Law – Shareholder Participation between the Tension Filled Areas of Corporate Governance and Malicious Shareholder Interference, *European Company and Financial Law Review*, br. 1, 2010.
210. P., d'Entreves, *Natural Law: An introduction to Legal Philosophy*, Podgorica, 2001.

211. P., Davies, K., Hopt, R., Nowak, G., Solinge, *Corporate Boards in European Law: A Comparative Analysis*, *Oxford University Press*, 2013.
212. P., Davies, S., Worthington, *Gower and Davies Principles of Modern Company Law*, London, 2012.
213. P., Gilles, *Prozessrechtlicher Probleme von Verbraucherpolitischer Bedeutung bei den neuen Verbraucherverbandsklagen im deutschen Zivilrecht*, Köln, 1997.
214. Pepper v. Litton, Vrhovni sud SAD, 1939.
215. Presuda br. 338/09 Privrednog suda u Podgorici.
216. Presuda br. 675/12 Privrednog suda u Podgorici.
217. Presuda br. 776/14 Privrednog suda u Podgorici.
218. Presuda br. 916/09 Privrednog suda u Podgorici.
219. Presuda VII senata Vrhovnog suda Njemačke od 21.2.1990.
220. *Principles of Corporate Governance*, American Law Institute, 1989.
221. R. P., Austin, I. M., Ramsey, *Fords Principles of Corporations Law*, Australia, 2007.
222. R. R., Pennington, *Company law*, London, Dublin and Edinburgh, 1995.
223. R. S., Thomas, C. T., Dixon, *Aranow & Einhorn on Proxy Contests for Corporate Control*, New York, 1998.
224. R., Block, E., Prussin, *Business Judgement Rule and Shareholders Suits: Viva Zapata?*, *Business Law*, br. 37, 1981.
225. R., Clark, *Corporate Law*, Toronto, 1986.
226. R., Dawidowicz, *Class Action Lawsuits in Europe: A Comparative and Economic Analysis*, *Law and Economics in Europe – Foundations and Applications*, London, 2014.
227. R., Gilson, *A Structural Approach to Corporations: The Case Against Defensive Tactics in Tender Offers*, New York, 1981.
228. R., Jones, *An Empirical Examination of the Incidence of Shareholder Derivative and Class Action Lawsuits*, *B.U.L. REV.*, br. 60, 1980.
229. R., Kovačević-Kuštrimović, *Prilog teoriji pravnih lica*, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 29, Niš, 1989.

230. R., Kraakman et al., When Are Shareholder Suits in Shareholder Interests?, *GEO Law Journal*, br. 82, 1994.
231. R., Porta, A., Shleifer, F., Lopez-de-Silanes, Corporate Ownership around the World, *The Journal of Finance*, br. 54(2), 1999.
232. R., Pound, *Jurisprudence*, Harvard, 1959.
233. R., Radonjić, *Demokratija*, Podgorica, 2015.
234. R., Romano, Quack Corporate Governance, *Regulation*, br. 4, 2005.
235. R., Thompson, R. S., Thomas, The Public and Private Faces of Derivative Lawsuits, *Vanderbilt Law Review*, br. 1747, 2004.
236. Regulation (EC) No. 1606/2002 of the European Parliament and of the Council on the Application of International Accounting Standards, O. J. (L 243), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX%3A32002R1606> .
237. Rješenje Apelacionog suda u Novom Sadu, posl. broj GŽ-1367/16 od 06.10.2016. godine, kojim je ukinuta presuda Osnovnog Suda u Novom Sadu posl. broj P-1922/14 od 29.10.2015. god.
238. Rješenje Privrednog apelacionog suda PŽ. 1253/2010.
239. Ross v. Bernhard, 396 U.S. 531, (1970).
240. S. Knežević, *Organi akcionarskog društva*, Novi Sad, 2016.
241. S. M., Kim, Conflicting Ideologies of Group litigation: Who May Challenge Settlements in Class Actions and Derivative Suits, *Tennese Law Review*, vol. 66, 1998.
242. S., Aronson, A., Escobar et al., *United States: Shareholder Derivative Actions: From Cradle to Grave*, 2010, <http://www.mondaq.com/unitedstates/x/87654/Directors+Officers/Shareholder+Derivative+Actions+From+Cradle+To+Grave>.
243. S., Knežević, *Ograni akcionarskog društva*, Novi Sad, 2016.
244. S., Šogorov, *Pravo privrednih društava*, Novi Sad, 2003.
245. S., Wells, Maintaining Standing in a Shareholder Derivative Action, *University of California Davis Law Review*, br. 38, 2004.
246. San Uranium Corporation v. Wolfe, 241 F, 121, 123 (10th Cir.), (1957.).

247. *Security for Expenses in Shareholders' Derivative Suits: 23 Years' Experience*, *Columbia Law School News*, br. 50, 1968.
248. *Sohland v. Baker*, 141 A. 277 (Del. 1927).
249. T. A., Felton, United States: Shareholders Can Pursue Derivative Suits Against Insolvent Corporations In Illinois, <http://www.mondaq.com/unitedstates/x/525516/Insolvency+Bankruptcy/Shareholders+Can+Pursue+Derivative+Suits+Against+Insolvent+Corporations+In+Illinois> .
250. T. O., Brandi, The Strike Suit: A Common Problem of the Derivative Suit and the Shareholder Class Action, *Dickson Law Review*, br. 98, 1994.
251. T., Baums, K. E., Scott, Taking Shareholder Protection Seriously?, *Corporate Governance in the United States and Germany*, br. 119 (11/2003), Frankfurt, 2003.
252. T., Brinkman, Minority Protection under Section 459 of the Companies Act 1985, A Comparison with the Law of the German GmbH, *European Business Law Review*, br. 1, 2002.
253. T., Donaldson, L., Preston, The Stakeholder Theory of the Corporation: Concepts, Evidence and implications, *The Academy of Management Review*, br. 1, 1995.
254. T., Fujita, Modernising Japanese Corporate Law: Ongoing Corporate Law Reform In Japan, *Singapore Academy of Law Journal*, br. 16, 2004.
255. T., Hasić: Dužnost dioničara na lojalno postupanje prema društvu i ostalim dioničarima, *Zbornik fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 34, br. 2, Rijeka, 2013.
256. T., Lowe, Mixed and multiple derivative claims to address reflective loss problems, *Trusts & Trustees*, vol. 20, br. 9, 2014.
257. T., Piemsarn, Shareholder Rights and Control over the Corporate Structure, *International Corporate and Governance Law*, 2013.
258. Texas Supreme Court, *Sneed v. Webre*, br. 12-0045, 2015.
259. Texas Supreme Court, *Yeaman v. Galveston City Co.*, 190 S.W. 212, 1916.
260. The Walt Disney Co. Derivative Litig., 825 A.2d (Del. Ch. 2003).
261. *Thornton v. Bernard Tech., Inc.*, 2009 WL 426179, Bankruptcy Court Del. Feb. 20, 2009.
262. V. Veković: *Zaštita prava manjinskih akcionara kroz derivativnu tužbu*, Beograd, 2011.
263. V., Crnjanski, *Izvršnost javnobeležničkog zapisa*, Beograd, 2018.

264. V., Radović, Uticaj agencijskih problema na pravo akcionarskih društava i korporativno upravljanje, *Razvoj pravnog sistema Srbije i harmonizacija sa pravom EU – pravni, ekonomski, politički i sociološki aspekti*, Beograd, 2007.
265. V., Radović: Put ka nezavisnom upravnom odboru, *Pravni život*, br. 12/2008, 2008.
266. V., Savković, *Derivativne akcionarske tužbe*, Podgorica, 2004.
267. V., Savković, From great expectations to an even greater failure - the case of Montenegrin regulatory framework on shareholder derivative suits as an incentive for rethinking the concept itself, *Juridical Tribune*, vol. 6, no 2, 2016.
268. V., Veković, *Zaštita prava manjinskih akcionara kroz derivativnu tužbu*, Beograd, 2011.
269. W. F. J., Schwitter, Judicially Exercised Business Judgments in Shareholder Derivative Suit Dismissals: Implementing Zapata Corp. v. Maldonado, *Albany Law Review*, br. 46, 1982.
270. W., Lafferty, L., Schmidt i D., Wolfe: A Brief Introduction to the Fiduciary Duties of Directors Under Delaware Law, *Pennsylvania state Law Review*, vol. 116:3, 2012.
271. Wells Fargo Derivative Suit Settlement Granted First Round of Approval, <https://www.lieffcabraser.com/2019/05/240m-wells-fargo-derivative-suit-settlement-granted-first-round-of-approval/> .
272. Y., Rotem, The Law Applicable to a Derivative Action on Behalf of a Foreign Corporation Corporate Law in Conflict, *Cornell International Law Journal*, br. 46, 2013.
273. Z. Stefanović, *Komentar Zakona o privrednim društvima*, Beograd, 2017
274. Z., Brnjas, *Strategijski menadžment*, Beograd, 2000.
275. Z., Cavrch, *Business Organizations with Tax Planning*, London, 1977.
276. Z., Stefanović, *Kompanijsko pravo*, Beograd, 2015.
277. Z., Zhang, The Shareholders Derivative Actions and Good Corporate Governance in China: Why the excitement is actually for nothing, *Pacific Basin Law Journal*, vol. 28(2), 2011.
278. Zakon o centralnoj evidenciji privremenih ograničenja prava lica registrovanih u agenciji za privredne registre ("Službeni glasnik RS", br. 112/2015).
279. Zakon o izvršenju i obezbeđenju ("Sl. glasnik RS", br. 106/2015, 106/2016 - 113/2017 - i 54/2019).

280. Zakon o obligacionim odnosima ("Službeni list SFRJ", br. 29/78, 39/85, 45/89 - odluka USJ i 57/89, "Sl. list SRJ", br. 31/93 i "Sl. list SCG", br. 1/2003 - Ustavna povelja).
281. Zakon o parničnom postupku („Službeni glasnik RS“, broj 72/11 – 87/18).
282. Zakon o preduzećima („Službeni list SRJ, br. 29/1996 i 33/1996).
- Zakon o privrednim društvima (“Službeni glasnik RS”, br. 36/2011, 99/2011, 83/2014 – dr. zakon 5/2015, 44/2018, 95/2018 i 91/2019).
283. Zakon o privrednim društvima („Službeni glasnik RS“, br. 125/04).
284. Zakon o privrednim društvima, "Službeni list RCG", br. 6/2002, "Sl. list CG", br. 17/2007, 80/2008, 40/2010 - dr. zakon, 36/2011 i 40/2011 - dr. zakon.
285. Zakon o stečaju ("Sl. glasnik RS", br. 104/2009, 99/2011 - dr. zakon, 71/2012 - odluka US, 83/2014, 113/2017, 44/2018 i 95/2018).
286. Zakon o tržištu kapitala ("Službeni glasnik RS", br. 31/2011, 112/2015, 108/2016 i 9/2020).
287. Zakon o zaštiti poslovne tajne ("Službeni glasnik RS", br. 72/2011).
288. Zapata Corp v. Maldonado 430 A 2d 779 (Delaware Supreme Court 1979).
289. Zapata Corp. v. Maldonado, 430 A.2d 779 (Del. 1981).
290. Zapata Corp. v. Maldonado, 430 A.2d 779, 781 (Del. 1981).
291. § 266 (1) German Penal Code (*Strafgesetzbuch*).
292. § 53 Abs. 1 Nr. 4 GKG, <https://dejure.org/gesetze/GKG/53.html>.
293. § 89 Stock Corporation Act, and § 15 Banking Act (*Gesetz über das Kreditwesen*).
294. 25 Misc. 2d 554, 202 N.Y.S.2d 832, Supreme Court (1960).
295. 5 Misc. 2d 554, 202 N.Y.S.2d 832, 834 Supreme Court (1960).