

УНИВЕРЗИТЕТ У БЕОГРАДУ
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

Марко Љ. Радовић

**ПРОБИЈАЊЕ ПРАВНЕ ЛИЧНОСТИ
У СТЕЧАЈНОМ ПОСТУПКУ**

докторска дисертација

Београд, 2017

UNIVERSITY OF BELGRADE
FACULTY OF LAW

Marko Lj. Radović

**PIERCING THE CORPORATE VEIL
IN BANKRUPTCY**

Doctoral Dissertation

Belgrade, 2017

ПОДАЦИ О МЕНТОРУ И ЧЛАНОВИМА КОМИСИЈЕ

Ментор:

Др Вук Радовић,
ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду

Чланови комисије:

Др Мирко Васиљевић,
редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

Др Вук Радовић,
ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду

Др Татјана Јевремовић Петровић,
ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду

Др Драган Вујисић
редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

Датум одбране:

ИЗРАЗИ ЗАХВАЛНОСТИ

Највеће заслуге за настанак ове дисертације приписујем својој, поносно ћу рећи, многочланој и традиционалној породици. Међу њима понајвише захваљујем супрузи Јелени, на безрезервној подршци, пожртвованости, неисцрпном разумевању и вери у мој успех. Њој, с великом љубављу, посвећујем овај рад.

Огромну захвалност дугујем и највећим кривцима за моје образовање у правној науци. Први међу њима је проф. др Драган Вујисић, који је, још у време основних студија права, препознао моја посебна интересовања за материју компанијског и стечајног права. На несебичној подршци током докторских студија нарочито захваљујем проф. др Мирку Васиљевићу и ментору проф. др Вуку Радовићу. У улози мојих животних и правничких узора, они су ненаметљиво, али веома брижљиво, пратили сваки корак мог напредовања у науци. Једнако заслужан за моју надградњу у правној науци јесте и проф. др Љубиша Дабић. Његова благодатност исказана у сваком погледу заслужује нарочиту захвалност и обавезује да даљим залагањем у правној науци оправдам указано поверење.

Својим великим практичним знањем и искуством, а надасве неизмерном колегијалношћу и разумевањем, значајан допринос изради ове дисертације дале су и моје судије Привредног суда у Крагујевцу, Горица Рашковић, Весна Илић, Вукица Добривојевић, Татјана Тодоровић и Данијела Марић, укључујући председника суда Бранислава Јововића и пензионисаног председника Радована Ђурића. Такође, без подршке и подстицања Снежане Новчић и Верице Смиљанић, судија Привредног апелационог суда, практична применљивост овог рада била би значајно умањена.

ПОДАЦИ О ДОКТОРСКОЈ ДИСЕРТАЦИЈИ

ПРОБИЈАЊЕ ПРАВНЕ ЛИЧНОСТИ У СТЕЧАЈНОМ ПОСТУПКУ

Резиме:

Предмет докторске дисертације представља истраживање правног режима, услова и правних последица пробијања правне личности у стечајном поступку. Истраживање је превасходно усмерено на анализу нормативних оквира, теоријскоправних дилема и специфичних случајева судске праксе о примени овог правног института у стечајном поступку. У том смислу, ради подробнијег разумевања института пробијања, превасходно је било нужно указати на општа питања института пробијања правне личности, његов појам, правну природу и учења у упоредном и српском праву.

Средиште пажње у раду посвећено је питањима везаним за пробијање правне личности стечајног дужника, а нарочито: испитивању односа стечајног пробијања и пробијања правне личности изван стечаја, анализи материјалноправних услова за стечајно пробијање, начину и дејству пробијања у стечајном поступку, питањима везаним за одговорност у случају стечајног пробијања, специфичном односу института стечајног пробијања и пробијања правних радњи стечајног дужника, примени института пробијања правне личности у реорганизацији и међународном стечају. Такође, изложени су специфични примери пробијања правне личности у стечају и анализирани су тенденције развоја овог правног института.

Све наведено чињено је у циљу указивања на неопходност увођења института пробијања правне личности у српско стечајно право, што чини и основни циљ дисертације.

Кључне речи: *стечај, пробијање правне личности, злоупотреба, одговорност, материјално обједињавање*

Научна област: *Правне науке*

Ужа научна област: *Пословноправна област*

УДК број: 347.736/.739

INFORMATION ABOUT DOCTORAL DISSERTATION

PIERCING THE CORPORATE VEIL IN BANKRUPTCY

Summary:

The subject of the doctoral dissertation is an exploration of the legal regime, conditions and legal consequences of the piercing the corporate veil in the bankruptcy proceedings. The research is primarily focused on the analysis of the normative framework, theoretical-legal dilemmas and specific cases of court practice on the application of this legal institute in bankruptcy proceedings. Therefore, due to the detailed understanding of the piercing the corporate veil, it was previously necessary to point out the general issues of that legal institute, its term, the legal nature and learning in comparative and Serbian law.

The most attention is focused on issues related to the piercing the corporate veil of the bankruptcy debtor, especially on: comparison of the bankruptcy piercing and piercing the corporate veil out of bankruptcy, analysis of the substantive conditions for bankruptcy piercing, the method and legal implications of the piercing in bankruptcy proceedings, the issues related to liability in bankruptcy piercing, the specific differences between bankruptcy piercing institute and law on challenging bankruptcy debtor's legal actions, application of the piercing the corporate veil in the reorganization and international bankruptcy. Ultimately, specific examples of piercing the corporate veil in bankruptcy are explained and development tendencies of the legal institute are analysed.

Cited was done in order to point out the necessity of introducing the piercing the corporate veil institute in Serbian bankruptcy law, which makes the main goal of the dissertation.

Keywords: *Bankruptcy, Piercing the Corporate Veil, Abuse, Responsibility, Substantive Consolidation*

Scientific field: *Legal Sciences*

Narrow scientific field: *Business Law*

UDC number: 347.736/.739

САДРЖАЈ

УВОД	12
1. Општа разматрања	12
2. Предмет и циљеви истраживања	15
3. Методологија истраживања	17
4. Структура излагања	18

ДЕО ПРВИ

ОПШТИ ПОГЛЕД НА ИНСТИТУТ ПРОБИЈАЊА ПРАВНЕ ЛИЧНОСТИ

ГЛАВА I

ПОЈАМ И ПРАВНА ПРИРОДА ПРОБИЈАЊА ПРАВНЕ ЛИЧНОСТИ	21
1. Начело правног субјективитета и концепт ограничене одговорности	21
2. Порекло института пробијања правне личности	30
2.1. Историјски приступ	30
2.2. Аргументи оправданости настанка института пробијања	38
3. Појмовно одређење пробијања правне личности привредног друштва	45
3.1. Појам пробијања правне личности у ширем смислу	45
3.2. Појам пробијања правне личности у ужем смислу	49
3.3. Терминолошке дилеме	50
3.4. Подела уобичајених облика пробијања правне личности	53
4. Пробијање правне личности и начело савесности и поштења	56
5. Неухватљивост правне природе пробијања правне личности	59

ГЛАВА II

УЧЕЊА О ПРОБИЈАЊУ ПРАВНЕ ЛИЧНОСТИ	64
1. Учења о пробијању правне личности у упоредном праву	64
1.1. Пробијање правне личности у америчком праву	64
1.2. Пробијање правне личности у енглеском праву	72
1.2.1. Пробијање правне личности према енглеским прописима	72
1.2.2. Пробијање правне личности у енглеској судској пракси	76

1.3. Пробијање правне личности у немачком праву.....	80
1.4. Специфичности пробијања правне личности у француском праву	84
2. Пробијање правне личности у српском праву	89

ДЕО ДРУГИ

ПРОБИЈАЊЕ ПРАВНЕ ЛИЧНОСТИ СТЕЧАЈНОГ ДУЖНИКА

ГЛАВА III

ПРОБИЈАЊЕ ПРАВНЕ ЛИЧНОСТИ У СТЕЧАЈНОМ И ВАНСТЕЧАЈНОМ

ПОСТУПКУ 100

1. Оправданост увођења пробијања правне личности у стечајни поступак	100
1.1. Пробијање правне личности кроз циљ и начела стечајног поступка....	103
1.2. Очекивани ефекти примене института пробијања у стечају	107
2. Однос стечајног и „ванстечајног“ пробијања правне личности	110

ГЛАВА IV

СУБЈЕКТИ ПРАВА ПРОБИЈАЊА У СТЕЧАЈНОМ ПОСТУПКУ..... 114

1. Надлежни орган за одлучивање о стечајном пробијању.....	114
2. Активно легитимисани субјекти	117
2.1. Повериоци као активно легитимисани субјекти	118
2.2. Улога стечајног управника у стечајном пробијању.....	124
3. Правни положај пасивно легитимисаних субјеката	128
3.1. Члан друштва као пасивно легитимисани субјект.....	128
3.1.1. Одговорност члана као непосредног учиниоца злоупотребе.....	129
3.1.2. Одговорност „посредних“ учинилаца злоупотребе.....	131
3.1.3. Пасивна легитимација чланова „који су пристали на злоупотребу“ ...	133
.....	133
3.2. Чланови управе као пасивно легитимисани субјекти.....	136

ГЛАВА V

МАТЕРИЈАЛНОПРАВНИ УСЛОВИ СТЕЧАЈНОГ ПРОБИЈАЊА..... 143

1. Уопштено о материјалноправним условима пробијања	143
2. Злоупотреба као услов стечајног пробијања.....	145

2.1. Појавни облици који упућују на постојање злоупотребе.....	153
2.1.1. Изигравање циљева друштва	154
2.1.2. Мешање имовина	156
2.1.3. Извлачење средстава из имовине друштва	160
2.1.4. Поткапитализација	162
3. Недовољност стечајне масе као услов стечајног пробијања	168
 ГЛАВА VI	
НАЧИН И ДЕЈСТВО СТЕЧАЈНОГ ПРОБИЈАЊА ПРАВНЕ ЛИЧНОСТИ.....	171
1. Правна средства за пробијање правне личности	171
2. Садржина захтева за пробијање правне личности.....	180
2.1. Модел стечајног пробијања путем кондемнаторне тужбе	182
2.2. Модел стечајног пробијања путем декларативне тужбе	186
3. Специфичности поступка пробијања и терет доказивања.....	187
4. Дејство пресуде о стечајном пробијању правне личности	190
4.1. Дејство пресуде о стечајном пробијању по кондемнаторној тужби	191
4.1.1. Дејство обавезујуће пресуде према члановима који су физичка лица	192
4.1.2. Дејство обавезујуће пресуде према члановима који су правна лица	194
4.1.3. Материјално обједињавање	195
4.2. Дејство пресуде о стечајном пробијању путем декларативне тужбе....	198
 ГЛАВА VII	
ОДГОВОРНОСТ У СЛУЧАЈУ ПРОБИЈАЊА ПРАВНЕ ЛИЧНОСТИ	201
1. Унутрашња и спољашња одговорност члана стечајног дужника	201
2. Одговорност за пробијање правне личности и одговорност за штету	204
 ГЛАВА VIII	
ОДНОС ПРОБИЈАЊА ПРАВНЕ ЛИЧНОСТИ И ПОБИЈАЊА ПРАВНИХ РАДЊИ СТЕЧАЈНОГ ДУЖНИКА	206
1. Појам пробијања правних радњи стечајног дужника.....	206
2. Претпоставке пробијања правних радњи стечајног дужника	209

3. Начин и дејство побијања правних радњи стечајног дужника	220
4. Поређење стечајног пробијања са стечајним побијањем правних радњи....	222
5. Разлози оправданости постојања оба правна института у стечају.....	224

ГЛАВА IX

ПРОБИЈАЊЕ ПРАВНЕ ЛИЧНОСТИ У РЕОРГАНИЗАЦИЈИ.....	226
---	-----

1. Појам и основне одлике реорганизације стечајног дужника.....	226
2. Правна природа усвојеног плана реорганизације.....	230
3. Пробијање правне личности у поступку реорганизације	235
4. Последице непоступања по усвојеном плану реорганизације	239

ГЛАВА X

СТЕЧАЈНО ПРОБИЈАЊЕ СА ЕЛЕМЕНТОМ ИНОСТРАННОСТИ	243
---	-----

1. Елемент иностранности код стечајног пробијања	243
2. Одређивање меродавног права за стечајно пробијање	244
3. Проблем дејства одлуке о стечајном пробијању у иностраној држави	249

ДЕО ТРЕЋИ

СПЕЦИФИЧНИ ПРИМЕРИ СТЕЧАЈНОГ ПРОБИЈАЊА И ТЕНДЕНЦИЈЕ ЊЕГОВОГ РАЗВОЈА

ГЛАВА XI

СТЕЧАЈНО ПРОБИЈАЊЕ ЈЕДНОЧЛАНОГ ПРИВРЕДНОГ ДРУШТВА	255
---	-----

1. Опште карактеристике једночланих привредних друштава.....	255
2. Пробијање правне личности у једночланим привредним друштвима.....	257
3. Проблеми стечајног пробијања код једночланих привредних друштава.....	260

ГЛАВА XII

СТЕЧАЈНО ПРОБИЈАЊЕ ГРУПЕ ПРИВРЕДНИХ ДРУШТАВА.....	265
---	-----

1. Опредељење за појам „група привредних друштава“	265
2. Посебност услова за пробијање правне личности у односу на групе.....	269
3. „Заједнички стечај“ друштава у групи	273

ГЛАВА XIII

ТЕНДЕНЦИЈЕ РАЗВОЈА ИНСТИТУТА СТЕЧАЈНОГ ПРОБИЈАЊА.....	277
---	-----

1. Афирмација института стечајног пробијања на међународном плану	277
2. Тенденције развоја института стечајног пробијања у Србији.....	283
ЗАКЉУЧАК	287
ЛИТЕРАТУРА	295
БИОГРАФИЈА АУТОРА.....	309

УВОД

1. Општа разматрања

На путу ка научном сазнању не сме бити бојазни од неуспеха. Једино се надвладавањем страха у науци могу досегнути највиши домети разумевања „смисла, поруке и поуке симбола“¹ који се истражује. Само храбар научник, „гладан сазнања“² и жељан научног стваралаштва, може допринети да се у мору компилација, приказа и коментара постојећих тековина, допре до нових духовно-научних творевина прилагођених традицији, култури, али и реалним друштвеним потребама.

Неопходност савладавања страха од неуспеха обавезан је предуслов изучавања привредноправне регулативе Србије. Повратак привреде тржишту и власништву,³ лапидарно називан процесом „транзиције“, одликује се, између осталог, и променама правне регулативе. Присутна тежња за усаглашавањем прописа са регулативом развијених држава заснованих на тржишном систему привређивања доводи до реформе прописа, праћене увођењем бројних правних транспланата. Неки од њих били су нужни за развој српске привреде. С друге стране, доста правних транспланата је некритички прихватано, без бриге да ли ће поједини од њих уопште заживети, с обзиром на националне специфичности а можда и недостатак институционалног капацитета државе.

Привреда, као осетљив механизам,⁴ не трпи провизорност, несигурност и политизацију. Отуда је у привредноправној регулативи можда најоучљивија

¹ С. Врачар, *Преиспитивања правне методологије, Наговештаји државно-правног интегрализма*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2000, стр. 86. У наведеном делу професор Врачар разликује три степена разумевања „државно-правних симбола“. Први степен је рекогностика, на коме се од посматрача очекује могућност препознавања датог симбола. Други степен је интерпретатика, у којој фази се, поред препознавања, подразумева и разумевање већ одређеног симбола, као и изналагање његовог ваљаног значења. Највиши домети разумевања посматраних симбола налазе се на трећем степену, односно на пољу херменеутике. Тек ту се постављају задаци откривања „смисла, поруке и поуке“ посматраног симбола.

² „Глад за сазнањем идеја је водиља сваког научника“, речи су професора С. Бована, са предавања студентима последипломских студија на Правном факултету Универзитета у Београду, новембар 2010. године.

³ С. Перовић, *Беседе са Копоника*, Universitas iuris naturalis Сораонісі, Београд, 2012, стр. 20.

⁴ М. Васиљевић, „Држава и привреда“, *Право и привреда*, бр. 4-6/2013, стр. 25. У овом раду аутор нарочито указује да привреда тражи прописе по мери својих потреба, а не по мери политичких потреба. Отуда, није ни чудо што привредноправну регулативу Србије више одликује

нужност постојања органског јединства, односно повезаности државе и права. Поменуто јединство, међутим, никако не треба схватити као потребу за доминацијом државе у контролисању привредних токова независно од „невидљиве руке тржишта“. Њена је улога примарна у стварању квалитетне, економски ефикасне регулативе,⁵ која осећа специфичности националног идентитета. С тим у вези, иако се механичка репродукција постојећих тековина чини једноставнијом, није било дилеме да се у овом раду разматрају питања која нису само књишка, одвојена од стварности. Предметна концепција опредељена је управо због проблема савремене привредноправне праксе у Србији. У жељи да се пође од стварности, и да она увек буде мотив али и критеријум оцене тачности постављених хипотеза, нарочито су узимана у обзир комплексна друштвена збивања, текуће идеолошке платформе и услови економске кризе.

Полазећи од наведених критеријума, немогуће је одупрети се чињеници да криза привређивања у Србији постаје устаљена још од времена напуштања планског и оријентисања ка идеологији тржишног система пословања, популаризованим као капиталистичко друштвено уређење. Разлози посртања националне привреде нису увек били узроковани само погубном економском политиком, већ и другим друштвеним поремећајима, насталим „случајно или намерно“. Погубност законодавне и економске политике тзв. „необузданог капитализма“ постаје очигледна из времена тзв. „шок терапије“ брзе приватизације,⁶ с почетка двадесет првог столећа, спроведене без бриге о националним посебностима и непостојању институционалних капацитета државе. Од тада свако од нас трага за одговором на питање, које су границе дозвољеног степена неправде у једном законодавству. Штавише, темеље правне сигурности додатно је уздрмало озакоњење понекад и неподношљиво неправедних норми, вођених циљевима неформалних центара економске моћи. На тај начин је талас „законског неправда“ заплуснуо и српски привредноправни систем.

квалификација – привредни закони у „раљама“ политике, а не привредни закони „у раљама“ привреде.

⁵ R. Posner, *Economic Analysis of Law*, Aspen Law and Business of Aspen Publishers, New York, 1998, стр. 566.

⁶ М. Васиљевић, „Закони и привреда“, *Право и привреда*, бр. 4-6/2012, стр. 20.

Наведени разлози довели су до моралног посрнућа и у примени права.⁷ Неплаћање дугованог у привреди је постала учестала појава, лишена моралних осуда. Бројне злоупотребе чињене у циљу избегавања обавеза привредних субјеката према својим повериоцима доводе до урушавања целокупног привредног система једне државе. Привредни субјекти, који своје циљеве постојања не усмеравају ка остваривању добити, већ неправном задовољењу личних користи, најчешће теже извргавању испуњења својих обавеза. Таквим се чињењем угрожава пословање привредних субјеката који савесно и поштено послују, јер због онемогућавања наплате својих тражбина често не могу опстати. Уколико се поменутом надовеже општепозната чињеница да је производна активност у Србији минимална, оправдано се поимање српске привреде може окитити атрибутом „стечајна“.

Поменуте злоупотребе су, иначе, уочљивије у друштвима чији чланови сноси ризик пословања само до висине унетог или уплаћеног улога. Наклоност оснивача и доцнијих власника ка овим формама организовања привредних друштава логична је, будући да у друштвима капитала, по правилу, ризик пословања бива ограничен до висине улога у друштво. Власници ових форми друштава заштићени су „оградом – велом“ њихове правне личности, што је у принципу правна гаранцијска брана да повериоци предузећа уђу у „забран“ њихове личне имовине.⁸ Ипак, правни субјективитет друштава капитала не представља увек непробојан зид за њихове повериоце. Применом института „пробијања правне личности“ могуће је ући на терен неограничене одговорности власника. Отуда се ствара утисак да спознајом суштине овог правног транспланта и његовом ваљаном применом могуће је злоупотребе у привредним друштвима спречити или отклонити последице њима узроковане.

⁷ „Узајамна повезаност права и морала јавља се на три нивоа правног поретка: на нивоу законодавства, на нивоу примене права и на нивоу интерпретације права и правне доктрине.“ Z. Ziembinski, „Moralność jako czynnik kształtujący stosowanie prawa“, *Etyka*, No. 5/1969, стр. 91.

⁸ М. Васиљевић, „Пробијање правне личности“, *Правни живот*, бр. 11/1995, стр. 17.

2. Предмет и циљеви истраживања

Већина компанијских закона широм света садржи норме о пробијању правне личности. У многим правним системима институт пробијања правне личности значајно место налази и у стечајном праву. Код нас то још увек није случај. Отуда је предмет овог рада управљен на разматрање правног режима, разлога и правних последица пробијања правне личности у стечајном поступку.

Посвећеност овом истраживању заснована је на четири основне и међусобно повезане полазне хипотезе чија ће исправност и утемељеност бити испитана. У питању су следеће хипотезе:

- Неопходност примене института пробијања правне личности у току стечајног поступка према стечајном дужнику. Уочљива је потреба и законског регулисања института пробијања правне личности у стечајној регулативи, као изузетка од правила ограничене одговорности за обавезе стечајног дужника.
- Примена института пробијања правне личности у стечајном поступку допринела би значајном увећању стечајне масе стечајног дужника, па отуда стечајном управнику мора бити установљено не само право већ и дужност да покреће одговарајуће поступке ради пробијања правне личности у случају уочавања злоупотреба правила о ограниченој одговорности за обавезе стечајног дужника.
- Озакоњење института пробијања правне личности у стечајном поступку има превентивни и репресивни значај на спречавање злоупотребе правила о ограниченој одговорности за обавезе стечајног дужника.
- Непостојање коначно дефинисаног броја разлога за пробијање правне личности узрок је потребе детаљног регулисања правних правила за примену овог правног института у стечајном поступку, нарочито имајући у виду потребу његове практичне примене.

Зарад целовите спознаје исправности описаних полазишта, истраживање је било усмерено ка нормативном оквиру, теоријскоправним дилемама и специфичним случајевима судске праксе о примени овог правног института у

стечајном поступку. У тој намери је, због бољег разумевања института пробијања, на почетку било неопходно посветити се општим питањима института пробијања правне личности, дефинисању појма, утврђивању правне природе и учењу у упоредном и нашем праву. Средиште пажње у раду посвећено је питањима везаним за пробијање правне личности стечајног дужника. На крају, указано је на специфичне примере пробијања правне личности у стечају и тенденције развоја овог правног института.

Наведено је чињено у намери да се учини видљивом насušна потреба за увођењем института пробијања правне личности у српско стечајно право, што је и основни циљ рада. Већа заступљеност института пробијања правне личности у стечајном праву имала би економски значај за стечајну масу и допринела би повољнијем колективном намирењу поверилаца стечајног дужника. Његовом би применом у стечајном поступку био остварен не само репресивни ефекат на лица која су злоупотребила правило о ограниченој одговорности, већ и значајан превентивни утицај. Успешна примена института пробијања правне личности у стечајном поступку представљала би добро утемељену брану од будућих покушаја злоупотребе правила о ограниченој одговорности. У крајњем, позитивни ефекти примене овог правног института били би осетни по читаво привредно окружење у Србији.

Уз наведени циљ као главни, произлазе и два споредна, посредна циља истраживања. Први се манифестује у подизању свести потенцијалних тужилаца о постојању могућности судске заштите у случају злоупотребе правила о одговорности чланова за обавезе стечајног дужника, успостављању имовинскоправне одговорности за учиниоце злоупотребе и указивању на предности које овај вид одговорности има у односу на друге облике одговорности. Други посредни циљ огледа се у тежњи ка приближавању института пробијања правне личности судовима, с обзиром да овај институт, није довољно заживео у домаћој судској пракси. То ће се чинити кроз приказивање судске праксе у упоредном праву, превасходно из земаља англо-америчког правног подручја, у којима се пробијање правне личности у стечају веома често и широко примењује. Стандарди успостављени у англо-америчкој судској пракси могу бити у великој мери корисни и српском законодавству.

3. Методологија истраживања

Поред предмета и садржине, метод је основна компонента која одређује одлике и особеност сваке науке, па и правне. Док садржина представља статичку страну науке коју чини укупност постигнутих сазнања у истраживању, метод је увек динамичка компонента. Као такав, метод креира путеве у процесу сазнавања одређеног предмета. Зато га је и могуће дефинисати као подесну и делотворну смерницу за утврђивање „истиносног“ знања о релевантном предмету.⁹

Уз његово третирање као предуслова процеса сазнања, метод ваља посматрати као интегрисану целину. Процес интеграције знања о специфичним путевима ка научном сазнању доводи до афирмисања тзв. интегралног метода. Овај метод карактеришу три битна својства: прво, његова целовитост, друго свестраност, и треће, његова јединственост.¹⁰ Тако се он може разложити на компоненте, међусобно повезане: *методолошку основу, методске поступке и методске инструменте* (подвукао С. В.).¹¹

Напред описана поставка слеђена је и у овом раду. Методолошку основу, као раскршће свих путева ка научном сазнању, чини дијалектички метод. Заснован на тежњи ка спознаји стварности, овај метод је у раду употребљен с циљем да се одреди право место и домашај института пробијања правне личности у стечајном поступку.

Средишњу компоненту интегралног метода чине методолошки поступци. Управо они припадају тзв. „традиционалним методима“. С обзиром да је право рационална творевина, при помињању коришћених методолошких поступака првенствено треба поћи од позитивноправног, одн. догматског метода, често обележаваног и термином „нормативни метод“. Овим методолошким поступком интерпретативно су третирани прописи о пробијању правне личности у својој

⁹ С. Врачар (2000), стр. 66.

¹⁰ *Ibid.*, стр. 175. Аутор под својством целовитости подразумева да је метод састављен из више различитих састојака, који се могу посматрати само кроз стварање изнутра и споља уобличене целине. Кроз одлику свеобухватности интегралног метода, наравно, не подразумева се да је заиста у датом тренутку могуће обухватити све елементе научног истраживања, већ само да постоји таква тежња. Јединственост се поистовећује са чињеницом да се интегрални метод посматра као склад унутрашњих састојака, прожет њиховом међузависношћу.

¹¹ С. Врачар, „Правци развитка емпиријских истраживања у нашој правној науци“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1-2/1965, стр. 48.

правној датости, онакви какви су. Ипак, особеност духа института пробијања правне личности није могуће објаснити само тумачењем правних прописа „таквих какви су“¹². Отуда је било нужно користити у раду и друге методолошке поступке. Како све има своју историју, у истраживању порекла и развојних етапа, тенденција кретања и промена института пробијања правне личности у стечајном поступку, коришћен је историјски метод. Имајући у виду да праведно право мора бити повезано с логиком, посегнуто је за облицима логичког закључивања попут индукције, дедукције и аналогије. Цењено место у предметном истраживању заузима и компаративни метод, јер је немогуће заобићи чињеницу да институт пробијања правне личности егзистира у различитим друштвеним срединама, односно државама са различитим политичким и економским идентитетом. Због бољег разумевања ових друштвених специфичности, које узрокују и одређене особености института пробијања правне личности у различитим правним системима, изискују потребу за коришћењем социолошког метода. Изнетом ваља додати и неопходност за употребом функционалног метода истраживања, како би се утврдила сврха примене института пробијања правне личности у стечајном поступку.

Најзад, методолошки инструменти, као трећа али не мање значајна компонента интегралног метода, служе за прикупљање података и чињеница релевантних за истраживање. Прикупљање података путем савремених техничких средстава (рачунара), њихово складиштење, а потом и њихова статистичка анализа, значајно су допринели процени у којој мери и на који начин судови примењују правила о пробијању правне личности.

4. Структура излагања

Рад је систематизован тако што, поред увода и закључка, садржи три дела, у оквиру којих је садржано тринаест глава.

У првом делу рада предмет разматрања чине општа питања о институту пробијања правне личности. Овај део је подељен на две главе. Прва глава је

¹² С. Врачар (2000), стр. 189.

посвећена појму и правној природи пробијања правне личности. Ту се преваходно указује на однос начела одвојености правног субјективитета и концепт ограничене одговорности, а све у циљу посматрања института пробијања правне личности као изузетка од концепта ограничене одговорности чланова привредног друштва за обавезе друштва. Свакако, у анализи једног правног института ваља поћи од његовог порекла. Тако су поред историјског приказа критички посматрани и теоријски аргументи оправданости увођења овог института у привредноправни систем. Детаљно је тумачен појам пробијања правне личности привредног друштва, како у ширем тако и у ужем смислу. Уз анализу термилошких дилема поводом овог института приказана је и уобичајена подела облика пробијања правне личности, присутна у правној теорији. Зарад утврђивања праве правне природе пробијања правне личности у раду се полази од односа института пробијања правне личности са начелом савесности и поштења, а потом се посеже за анализом неухватљиве правне природе овог правног института. У другој глави првог дела извршен је упоредноправни приказ учења о пробијању правне личности.

У другом, централном делу рада, истраживано је пробијање правне личности стечајног дужника. Полазно разматрање, у трећој глави, посвећено је односу пробијања правне личности ван стечаја и специфичностима узрокованим применом овог института у стечају. Наведено је чињено ради указивања на оправданост увођења института пробијања правне личности у стечајно право. Предмет истраживања, у четвртој глави рада, чине субјекти права пробијања у стечајном поступку, како активно тако и пасивно легитимисани. Дакле, са једне стране нарочита пажња посвећена је субјектима који су овлашћени за покретање поступака ради пробијања правне личности стечајног дужника, а са друге, расправљано је о специфичном положају пасивно легитимисаних лица. На овом месту разматрана је и стварна надлежност органа за одлучивање о пробијању правне личности. Потом су, у петој глави, детаљно истраживани чињенични основи (разлози) пробијања правне личности у стечајном поступку. С једне стране, пажња је била усмерена на разлоге пробијања утемељене у правној теорији. Међутим, с обзиром да овим круг разлога за пробијање није затворен, посебно су анализирани разлози за пробијање у бројним одлукама судова других

земаља. У шестој глави описани су начини и дејства стечајног пробијања правне личности. Такође, правна средства за пробијање, садржина тужбеног захтева, терет доказивања, дејство пресуде у случају успеха у стечајном пробијању правне личности су централна питања о којима се говори у овој глави. У седмој глави указује се на специфичности одговорности у случају стечајног пробијања правне личности. Посматран је однос унутрашње и спољашње одговорности због пробијања а потом и веза одговорности због пробијања правне личности са одговорношћу за накнаду причињене штете. Осма глава посвећена је полемици о односу стечајног пробијања правне личности са институтом пробијања правних радњи стечајног дужника. Наведено је чињено како би се, након анализе сличности и разлика ова два правна института, уочила потреба за њиховим неизоставним постојањем у стечајном праву. У деветој глави истраживане су специфичности пробијања правне личности у реорганизацији, имајући у виду посебан статус привредног друштва у случају потврђивања плана реорганизације стечајног дужника. Пробијање правне личности у међународном стечају анализирано је у десетој глави, како поводом постојећих иницијатива на међународном нивоу у погледу примене института пробијања правне личности у стечајном поступку, тако и поводом проблема примене овог института у стечајном поступку са елементом иностраности.

У трећем делу рада приказани су специфични и најзаступљенији примери пробијања правне личности у стечајном поступку. Како се разлози за пробијање правне личности најчешће срећу код једночланих привредних друштава и тзв. група привредних друштава, то је примена института пробијања у овим формама организовања привредних друштава посебно анализирана у једанаестој и дванаестој глави. У тринаестој глави је нарочита пажња посвећена питањима везаним за афирмацију института стечајног пробијања правне личности на међународном плану, а посебно су приказане процене о његовој будућој примени у српском стечајном праву.

ДЕО ПРВИ

ОПШТИ ПОГЛЕД НА ИНСТИТУТ ПРОБИЈАЊА ПРАВНЕ ЛИЧНОСТИ

Глава I

ПОЈАМ И ПРАВНА ПРИРОДА ПРОБИЈАЊА ПРАВНЕ ЛИЧНОСТИ

1. Начело правног субјективитета и концепт ограничене одговорности

Да би одређена организација стекла статус правног лица неопходно је да буде правно уредива, правно допуштена и да јој државно-правни поредак призна могућност стицања права и обавеза.¹³ То значи да се субјективитет правног лица манифестује кроз поседовање правне, пословне и деликтне способности, признате од стране државе. Стицањем правног субјективитета, организацијама се обезбеђује правна раздвојеност и самосталност, или боље речено засебна правна судбина од својих оснивача и чланова.

Правна раздвојеност правног лица има своја имовинска и „ванимовинска“ дејства.¹⁴ Имовинска дејства правног субјективитета правног лица огледају се првенствено у одвојености имовине правног лица од његових чланова.¹⁵ Потом, обавезе правног лица нису и обавезе чланова.¹⁶ Повериоци правног лица могу наплату својих потраживања захтевати искључиво из његове имовине. Правно лице постоји независно од постојања његових чланова и оснивача и може их надживети али и престати из разлога који се тичу њега самог. „Ванимовинска“ дејства правне раздвојености правног лица огледају се у чињеници да се његово (пословно) име, седиште и припадност одређеној држави, не одређују по елементима индивидуализације (имену, пребивалишту, одн. седишту, држављанству, одн. државној припадности) оснивача, односно чланова.

¹³ О. Станковић, В. Водинелић, *Увод у грађанско право*, Београд, 2004, стр. 71-72 и 91.

¹⁴ М. Васиљевић, *Компанијско право – право привредних друштава*, Београд, 2011, стр. 67.

¹⁵ J. Armour, H. Hansmann, R. Kraakman, „The Essential Elements of Corporate Law“, European Corporate Governance Institute, Law Working Paper No. 134/2009, стр. 7-11.

¹⁶ T. Raiser у: U. H. Schneider, P. Hommelhoff, (Hvsg.), „Die Haftungsbeschränkung ist kein Wesensmerkmal der juristischen Person“, *Festschrift für Marcus Lutter*, Köln, 2000, стр. 637.

Без обзира што почива на принципу уговореног удруживања, уз изузетак који се односи на једночлана друштва, правно лице уз правну раздвојеност прати и правна самосталност. Атрибут самосталности доприноси да се правна лица могу сматрати независним правним субјектом како према трећим лицима, тако и у односима са својим члановима.

Правна раздвојеност и самосталност правним лицима омогућавају да буду разноврсно правно уређена, све у функцији обављања основне делатности за коју су регистровани. С обзиром на њихову разноликост, како статутарну тако и функционалну, правна лица се могу класификовати по различитим критеријумима, по структури, циљевима и врсти делатности, типу својине, статусу оснивача и сл.¹⁷ Једна од најзначајнијих подела за предметни рад јесте разврставање лица по циљу и врсти делатности, на привредне и непривредне¹⁸ (грађанске) субјекте. Привредни субјекти су они који обављају делатности ради постизања лукративних циљева. Ови се циљеви првенствено односе на стицање добити,¹⁹ а изузетно могу бити сведени на уштеду трошкова.²⁰ Управо због поменутих циљева, привредни субјекти се могу посматрати у ужем и ширем смислу.²¹ У ширем смислу се под привредним субјектом сматра оно лице које обавља делатност профитабилне природе, као и оно лице које обавља послове од значаја за профитабилне субјекте.²² Посматрано у ужем смислу, под привредним субјектом се подразумева само оно физичко²³ или правно лице које обавља делатност у циљу стицања добити. Отуда се као основна форма организовања привредног субјекта у ужем смислу, са статусом правног лица, јавља привредно друштво. Описана тврдња произлази и из дефиниције садржане у српској позитивноправној регулативи, према којој се под привредним друштвом поима

¹⁷ О класификацији правних лица видети: О. Станковић, В. Водинелић, *op. cit.*, 77.

¹⁸ В. Јовановић, *Предузећа и друштва према Закону о предузећима*, Београд, 1990, стр. 25.

¹⁹ Д. Вујисић, *Привредно право*, Крагујевац, 2009, стр. 31.

²⁰ М. Васиљевић, *op. cit.*, стр. 44.

²¹ Љ. Дабић, Ј. Спиновић Јовановић, *Пословно право*, Београд, 2015, стр. 203.

²² *Ibidem*.

²³ У праву Србије се организовање под „привредним субјектом у ужем смислу као физичким лицем“ убраја индивидуални трговац – предузетник. Његов статус дефинисан је Законом о привредним друштвима (*Сл. гласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 – др. закони и 5/2015; даље у фуснотама: ЗОПД (2011)), чл. 83-92.

правно лице које обавља делатност у циљу стицања добити.²⁴ Привредно друштво се конституише на основу оснивачког акта, а својство правног лица стиче уписом у регистар привредних субјеката.²⁵

Привредна друштва поседују одређена основна обележја која их одвајају од других правних лица, односно организација. У њих се могу уврстити следећа обележја: да се оснивају оснивачким актом, да постоји воља да се оснује друштво и да се у њему сарађује са другим оснивачима и члановима друштва (*affectio societatis*),²⁶ да друштво обавља неку од привредних делатности,²⁷ да се делатност обавља ради остваривања лукративних циљева,²⁸ да се уписују у регистар привредних субјеката²⁹ и да им правни поредак признаје правни субјективитет.³⁰ Ова обележја привредном друштву доприносе да буде посматрано као „одвојени ентитет“³¹ у односу на лица која су га основала и она која доцније суделују у делатностима друштва, попут чланова и органа. Идеја о одвојености субјективитета привредног друштва од његових чланова заснована је управо ради умањења ризика при инвестирању у привредно друштво, с обзиром да чланови друштва, посебно код друштава капитала, за пословање друштва начелно одговарају до висине улога у друштво.

Признавање правног субјективитета привредном друштву може се оправдати функцијама које се њиме остварују. Једна од основних функција

²⁴ ЗОПД (2011), чл. 2. Иначе, у теорији компанијског права се сматра да ова законска дефиниција привредног друштва није потпуна. Једну од дефиниција која свеобухватно води рачуна о особеностима различитих правних форми привредних друштава дао је професор М. Васиљевић, по коме се привредна друштва могу дефинисати као „техника (правна форма) организовања предузећа на основу одређених улога, од стране правних и/или физичких лица (једног или више) у циљу стицања добити (правило) или постизања одређених неекономских циљева (изузетак), са одређеном правном самосталношћу у односу на осниваче и доцније ортаке, чланове и акционаре и са одређеном отвореношћу за доцније приступање других лица“. М. Васиљевић, *Корпоративно управљање - правни аспекти*, Београд, 2007, стр. 28-29.

²⁵ ЗОПД (2011), чл. 3 и 11.

²⁶ М. Васиљевић (2011), стр. 61.

²⁷ ЗОПД (2011), чл. 4 ст. 1.

²⁸ P. Halpern, M. Trebilcock, S. Turnbull, „An Economic Analysis of Limited Liability in Corporation Law“, *The University of Toronto Law Journal*, Vol. 30, No. 2/1980, стр. 147.

²⁹ J. Barbić, *Pravo društava, knjiga prva - Opći deo*, Zagreb, 1999, стр. 7.

³⁰ Изузетно, у упоредном праву egzистирају форме привредних друштава којима правни поредак не признаје правни субјективитет. У француском праву је пример за друштво без правног субјективитета *la société en participation*. У немачком праву тзв. индивидуалистичка друштва (друштва-уговори) немају правни субјективитет. Разне врсте *partnership*-а у енглеском праву су без правног субјективитета. Више о томе: М. Васиљевић (2011), стр. 66.

³¹ M. Wormser, „Piercing the Veil of Corporate Entity“, *Columbia Law Review*, Vol. 12, No. 6/1912, стр. 496.

привредног друштва, као правно самосталне личности у односу на чланове, јесте да се њима омогућава континуирано и трајно остваривање лукративних циљева. Тако привредно друштво опстаје независно од промена чланства у друштву. Друга функција осамостаљења привредног друштва огледа се у афирмацији тзв. „посебног интереса друштва“³². Овај се интерес у суштини своди на утврђену вољу прописане или договорене већине чланова привредног друштва, која успоставља границу између интереса и циљева друштва у односу на појединачне интересе њених чланова. Захваљујући раздвојеном субјективитету привредног друштва знатно се олакшава одвијање правног промета, што представља трећу функцију раздвајања субјективитета привредног друштва од његових оснивача, односно чланова. Третирањем привредног друштва као посебне личности у праву омогућава му се да самостално иступа у правним односима, па није потребно да сваки члан друштва у таквом односу узима непосредно учешће. Следећа, четврта функција привредног друштва усмерена је на заштиту поверилаца или боље речено на обезбеђење њиховог намирења. То је гарантна функција. Наиме, уобичајено се повериоци привредног друштва штите путем тзв. средстава индивидуалне заштите, с једне стране, док се с друге стране њихова заштита омогућава и путем тзв. обавезних правила заштите поверилаца. Индивидуална заштита је могућа путем разних средстава личног или стварног обезбеђења потраживања, рестриктивних (кредитних, односно уговорних) клаузула, као и уз прикупљање информација о дужнику.³³ Ипак, значајнија средства заштите чине тзв. „обавезна (традиционална) правила“³⁴ која у извесној мери служе као гаранција за намирење поверилаца. Овде се у први план намећу правила о минималном капиталу друштва и принципу његовог одржавања, као облику превентивне заштите поверилаца. Путем овог правила привредно друштво целокупним капиталом, који код одређених форми привредних друштава не сме пасти испод прописане границе, одговара повериоцима за своје обавезе. Привредно друштво је и субјект одговорности за штету коју трећим лицима

³² М. Васиљевић (2007), стр. 66; М. Васиљевић, „Корпоративно управљање – од проблема до решења“, *Право и привреда*, бр. 5-8/2008, стр. 29-32.

³³ Т. Јевремовић Петровић, „Повериоци у компанијском праву и инструменти њихове заштите“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1/2011, стр. 245.

³⁴ *Ibid.*, стр. 248.

причине његови органи при обављању послова друштва,³⁵ а субјект је и казнене одговорности. Превентивна (*ex ante*) гарантна функција се остварује и кроз обавезно објављивање одређених података, а и у виду санкција о недозвољеним исплатама из средстава друштва.³⁶ У евентуалном изостанку превентивне заштите поверилаца, присутна су и правила којима се настоје умањити штетне последице, односно губици. С таквим циљем законодавци многих земаља уводе правила о одговорности одређених лица за обавезе друштва. У том смислу подразумевамо правила о одговорности чланова друштва, органа управљања, па и трећих несавесних лица, као у случају побијања правних радњи. Ова правила уређена су нормама које уређују статус и пословање активних привредних друштава, али су све присутнија и у стечају.³⁷ Уз описане функције правног субјективитета привредних друштава не сме се заборавити и на тзв. лимитну функцију.³⁸ Путем лимитне функције омогућује се оснивачима односно члановима друштва да у одређеним формама привредних друштава ограничено одговарају за обавезе друштва, односно сnose ризик пословања само до висине уплаћеног или унетог улога.³⁹

Ради свеобухватног вредновања лимитне функције одређених форми привредних друштава, нужно је концепту ограничене одговорности чланова за обавезе друштва посветити већу пажњу. С тим у вези, ваља поменути да се корени тзв. концепта ограничења одговорности везују за енглеско и америчко право. Поједини аутори указују да су се зачеци овог концепта појавили у Енглеској још у XV веку,⁴⁰ а има и оних који истичу да је заживео у XVII столећу,⁴¹ након става

³⁵ Закон о облигационим односима (Сл. лист СФРЈ, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, Сл. лист СРЈ, бр. 31/93 и Сл. лист СЦГ, бр. 1/2003 – Уставна повеља; даље у фуснотама: ЗОО), чл. 170 ст. 1.

³⁶ Т. Јевремовић Петровић (2011), стр. 250.

³⁷ R. Kraakman, „Concluding Remarks on Creditor Protection“, *European Business Organization Law Review*, Vol. 7, 2006, стр. 468.

³⁸ О. Станковић, В. Водинелић, *op. cit.*, стр. 76.

³⁹ F. H. Easterbrook, D. R. Fischel, „Limited Liability and the Corporation“, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 52, No. 1/1985, стр. 90.

⁴⁰ W. S. Holdsworth, *A History of English Law*, London, 1927, стр. 203. Холдсворт (Holdsworth) у наведеном делу указује да је: „већ у петнаестом веку било јасно да власник неће бити лично одговоран за обавезе компаније, и после извесног оклевања, овај закључак је на крају прихваћен у другој половини седамнаестог века“.

⁴¹ P. I. Blumberg, *The Law of Corporate Groups: Tort, Contract, and Other Common Law Problems in the Substantive Law of Parent and Subsidiary Corporations*, 1987, стр. 10-11; R. A. Kessler, „With Limited Liability For All: Why Not a Partnership Corporation?“, *Fordham Law Review*, Vol. 36, 1967, стр. 239; S. B. Presser, *Piercing the Corporate Veil*, 2011, стр. 16.

суда изнетог у спору *Salmon v Hambrough Co.* из 1671. године.⁴² Оно што се са сигурношћу може прихватити јесте да је овај концепт општеприхваћен у енглеском праву тек његовим озакоњењем, односно доношењем Закона о ограниченој одговорности из 1855. године.⁴³ У француском праву је још 1807. године, у *Code de commerce* успостављен концепт ограничене одговорности у друштвима организованим у форми тзв. *société anonyme*.⁴⁴

С друге стране, у америчком праву идеја о ограниченој одговорности за обавезе компанија, уз одређене изузетке у појединим америчким државама,⁴⁵ почела се назирати у XIX веку. У развоју овог концепта предњачила је држава Њујорк. Нарочито је интересантно што је у овој држави, према банкама у почетку примењиван принцип тзв. „двоструке одговорности“ (енгл. *double-liability*). Овај принцип састојао се у правилу да је дужност чланова да, у ситуацији када компанија није могла извршити своје обавезе према повериоцу, буду лично одговорни до двоструке вредности уплаћених улога.⁴⁶ Доцније је установљен и концепт „класичне“ ограничене одговорности.⁴⁷ Може се истаћи да је концепт

⁴² *Salmon v. Hambrough Co.*, 22 Eng. Rep. 763 (Ch. 1671). У битном је у наведеној пресуди изнет став суда (*House of Lords*) да ће, у ситуацији када компанија није у могућности да изврши своје обавезе, суд обавезати чланове компаније да уплате додатне улоге ради намирења повериоца који је захтевао наплату у судском поступку. Онај члан који не буде извршио уплату додатног улога, биће неограничено одговоран. Изнети став да је у описаној одлуци суда установљена ограничена одговорност компаније за обавезе чланова критикована је од неких аутора. Примера ради, амерички аутор Едвин Мерик Дод (*Edwin Merric Dodd*) тврдио је да је у судској одлуци *Salmon v. Hambrough Co.*, установљен принцип „индиректне одговорности члана за обавезе компаније“, а не концепт ограничене одговорности за обавезе друштва. Видети: Е. М. Dodd, „The Evolution of Limited Liability in American Industry: Massachusetts“, *Harvard Law Review*, Vol. 61, No. 8/1948, стр. 1356-1357.

⁴³ *The Limited Liability Act 1855* (18 & 19 Vict c 133). Овде ваља указати на податак да је ирски парламент усвојио концепт ограничене одговорности још 1782. године. О томе: О. Handlin, М. F. Handlin, „Origins of American Business Corporation“, *The Journal of Economic History*, Vol. 5, No. 1/1945, стр. 9, упућује на: Е. Lipson, *The Economic History of England*, London, 1929, стр. 218.

⁴⁴ Ова правна форма организовања привредног друштва приближно одговара нашој данашњој форми акционарског друштва.

⁴⁵ Као изузетак се може поменути америчка држава Масачусетс (*Massachusetts*), која је политику заштите поверилаца, у првих тридесет година XIX века, и даље заснивала на принципу неограничене одговорности. Међутим, 1830. године, концепт ограничене одговорности је и у овој држави прихваћен. О томе: Е. М. Dodd, *op. cit.*, стр. 1366-1367; R. E. Seavoy, *The Origins of the American Business Corporation 1784-1855: Broadening the Concept of Public Service During Industrialization*, 1982, стр. 256-258.

⁴⁶ Принцип тзв. „двоструке одговорности“ био је, примера ради, примењен у судској одлуци: *Briggs v. Penniman*, 8 Cow. 387, 395 (NY 1826).

⁴⁷ R. E. Seavoy, *op. cit.*, стр. 256-258. Овај аутор казује да 1828. године, њујоршка легислатива превазилази концепт тзв. „двоструке одговорности“, успостављањем концепта „класичне“ ограничене одговорности. Ипак, доношењем *New York's Constitutional Convention* из 1846. године,

ограничене одговорности у држави Њујорк овладао захваћујући нарочитој политичкој подршци тадашњих власти.⁴⁸ Отуда је приоритетно овај концепт браћен принципима демократије, као вид подстицања сваког појединца на предузетништво и стварања здраве конкуренције.⁴⁹ Међутим, суштински, оправданост успостављања концепта ограничене одговорности заснована је на економским аргументима. Тако је прогнозирано да ће његовим установљењем бити подстакнуто инвестирање и привредни развој.⁵⁰

Иако ваља признати да установљавање лимитне функције у одређеним формама привредних друштава није искључиви узрок привредног развоја, могуће је са извесном дозом сигурности рећи да је концепт ограничене одговорности свакако допринео инвестиционом таласу, нарочито у мањим компанијама.⁵¹ Њиме се ризик улагања у пословање смањује до висине улога у друштво. На тај начин се омогућава оснивачима и доцнијим члановима да више новца уложе у планирану пословну активност, уз мање бојазни да ће им лична имовина бити угрожена. Преко вредности уложеног у основни капитал друштва, ризик пословања преноси се на повериоце друштва. У таквом структуралном устројству, трошкови контроле управе а и других чланова бивају мањи у односу на друштва заснована на принципу неограничене одговорности чланова. Ограничење ризика при улагању узрокује и ограничење трошкова информисања, временом доприноси разноликости

концепт тзв. „двоструке одговорности“ је био задржан према члановима компанија које су трговале хартијама од вредности.

⁴⁸ Посебно се истичу залагања гувернера државе Њујорк, Леви Линколна (*Levi Lincoln*), који је имао одлучујући утицај на установљавање концепта ограничене одговорности за обавезе компанија у тој америчкој држави.

⁴⁹ Интересантно је поменути да је некада водећи човек Колумбија универзитета, професор Бутлер (енгл. *President Butler of Columbia University*), толико идеализовао принцип ограничене одговорности да његово установљавање сматрао „највећим открићем модерног доба“, као и да његов значај сматрао већим од „проналаска струје и новца“. О томе: J. Matheson, „The Limits of Business Limited Liability: Entity Veil Piercing and Successor Liability Doctrines“, *William Mitchell Law Review*, Vol. 31, 2004, стр. 419.

⁵⁰ S. B. Presser, *op. cit.*, стр. 26; D. Figueroa, „Comparative Aspects of Piercing the Corporate Veil in the United States and Latin America“, *Duquesne Law Review*, 2012, 705-708; M. Epperson, J. Canny, „The Capital Shareholder’s Ultimate Calamity: Pierced Corporate Veils and Shareholder Liability in the District of Columbia, Maryland and Virginia“, *Catholic University Law Review*, 1988, стр. 606; N. Mendelson, A Corporate-Based Approach to Shareholder Liability for Corporate Torts“, *Columbia Law Review*, Vol. 102, 2002, стр. 1217-1219.

⁵¹ Насупрот позитивним усклицима концепту ограничене одговорности, као фактору привредног развоја, постојала су и супротна становишта која су овај концепт негативно оценила. Разлози сумње у овај концепт могу се пронаћи у тврдњама да концепт ограничене одговорности, и поред чињенице што доприноси развоју малог бизниса, представља кочницу развоја великих пословних подухвата. P. Halpern, M. Trebilcock, S. Turnbull, „An Economic Analysis of Limited Liability in Corporation Law“, *University of Toronto Law Journal*, Vol. 30, No. 2/1980, стр. 117-118.

власничке структуре,⁵² а потом стварању тзв. „дисперзованог акционарства (чланства).“⁵³ То органима управе ствара већу слободу за доношење инвестиционих одлука.

Наведене одлике концепта ограничене одговорности, које се манифестују у виду стварања „зида“ или „правног вела“ привредног друштва у односу на његове повериоце, доприносе позитивним критикама овог концепта. Међутим, колико је у теорији присутно указивање на предности опстанка ограничене одговорности за обавезе чланова друштва, толико су на другој страни доступна негативна запажања, нарочито у економској доктрини. Због тог разлога се јављају критике да стварањем „правног вела“ привредног друштва долази до преласка ризика са чланова на повериоце, нарочито оне невољне. Наиме, ограничење ризика представља погодно тло за бројне злоупотребе у циљу остваривања личних користи појединих чланова, а на штруб интереса поверилаца. Повериоци, у крајњем, могу бити изиграни, односно онемогућени да своја потраживања наплате из имовине привредног друштва. То потенцијално доприноси стварању тзв. „моралног хазарда“,⁵⁴ односно доводи до дилеме да ли је становиште о концепту ограничене одговорности као доминантном, уопште морално прихватљиво.

Управо су изнете дилеме довеле до усаглашавања ставова у правној теорији и пракси, да „зид“ који одваја одговорност чланова за обавезе друштва, не сме бити безусловно непробојан. Напротив, уколико се испостави да лимитна функција привредног друштва није усмерена на остваривање његових основних циљева, већ јој је сврха да буде параван за злоупотребу права, „зидине“ ће попустити, односно, друкчије речено, биће пробијене. Тада лимитна функција привредног друштва бива занемарена и долази до продора кроз правну личност све до чланова друштва, у циљу отклањања последица проистеклих због учињене злоупотребе. Оваквим чињењем, међутим, правни субјективитет привредног

⁵² F. H. Easterbrook, D. R. Fischel, *op. cit.*, стр. 96-97.

⁵³ В. Радовић, „Утицај агенцијских проблема на право акционарских друштава и корпоративно управљање“, у: М. Васиљевић, В. Радовић (ур.), *Корпоративно управљање – зборник радова*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2009, стр. 239. В. Радовић овде указује да: „постојање великог броја ситних акционара доводи до раздвајања власничких права у друштву од управљања друштвом“.

⁵⁴ K. Vanderkerchove, *Piercing the corporate veil: A transnational approach*, Doctoraatsproefschrift, Katholieke Universiteit Leuven, 2006, стр. 6.

друштва неће бити у потпуности елиминисан, већ само окрњен. Привредно друштво ће и у случају продора кроз његову правну личност остати да постоји као независан правни субјект. Подизањем „правног вела“ ће бити занемарена само лимитна функција привредног друштва, јер оснивачи, односно чланови тада нису ограничено одговорни за обавезе друштва.

Изнете тврдње управо користе разумевању односа „начела“ правног субјективитета привредног друштва и „концепта“ његове ограничене одговорности, у случају примене института пробијања правне личности. Наиме, правни субјективитет привредног друштва, додуше окрњен, опстаје и у случају примене овог института. Он се посматра на нивоу „начела“ једино из разлога што у појединим правним системима, у виду изузетака, одређене форме организовања привредних друштава немају правни субјективитет. Међутим, гледано са становишта српског права, о правном субјективитету привредних друштава се чак може говорити као „правилу без изузетака“. С друге стране, у случају примене института пробијања правне личности, „концепт“ ограничене одговорности, као вид остварења лимитне функције привредног друштва, бива у потпуности нарушен. Одговорност оснивача, односно чланова друштва за обавезе према повериоцима тада неће бити ограничена до висине унетог или уплаћеног улога. Они ће, у случају пробијања правне личности, бити неограничено одговорни за обавезе привредног друштва.

На темељу наведеног, могуће је отклонити недоумице и одбацити тврдње, нажалост све постојаније у пракси и појединим теоријским радовима, да примена института пробијања правне личности доводи до елиминисања правног субјективитета привредног друштва. Напротив, субјективитет привредног друштва и након извршеног пробијања правне личности опстаје. Једино се његова лимитна функција нарушава, односно „концепт“ или правило о ограниченој одговорности оснивача и доцнијих чланова за обавезе друштва тада бива нарушен.

2. Порекло института пробијања правне личности

2.1. Историјски приступ

Трагање за пореклом института пробијања правне личности не представља нимало једноставан задатак. Најпре због тога што овај правни институт није првобитно настао деловањем законодаваца, већ га је изнедрила судска пракса. Потом, анализа судске праксе, због своје обимности и разноврсности, увек нас оставља у дилеми. Никада нисмо сигурни да ли су остварени резултати о правом пореклу института пробијања правне личности најверодостојнији.

Оно што се засигурно може рећи јесте да је овај правни институт изнедрила судска пракса англо-америчког права. У српској правној теорији доминира схватање да се порекло института пробијања везује за енглеско право и сада већ чувени спор *Salomon v. Salomon and Co. Ltd.*⁵⁵ Индивидуални трговац кожом и произвођач чизама Арон Саломон (енгл. *Aron Salomon*) је у лето 1892. године основао привредно друштво „Саломон компанију“ (енгл. *Salomon and Co. Ltd*), у форми акционарског друштва. Будући да су тадашњи прописи дозвољавали оснивање акционарског друштва од најмање седам акционара,⁵⁶ акције су подељене између Арона Саломона и шест чланова његове породице, супруге, ћерке и четири сина. Након извршене расподеле акција, Арон Саломон је располагао са 20.001 од укупно 20.007 акција. Преостале акције распоређене су међу члановима његове породице, сваком по једна. Поред расподеле акција, било је специфично и то што је Арон Саломон део оснивачког улога обезбедио тзв. лебдећом залогом.⁵⁷ Недуго након оснивања, привредно друштво запада у финансијске потешкоће, па над њим бива покренут поступак ликвидације. У

⁵⁵ М. Васиљевић (2011), стр. 69; И. Љутић, *Правна контрола транснационалних компанија*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш, 2013, стр. 192.

⁵⁶ *Companies Act 1862* (25 & 26 Vict. c.89).

⁵⁷ Лебдећа залога (енгл. *floating charge*), одликује се по томе што предмет обезбеђења није везан за одређену ствар већ за део имовине друштва или за читаво привредно друштво (целокупна имовина и „бизнис“). Основна одлика лебдеће залогне састојана је у томе што садржина оптерећеног добра није јасно видљива све до наступања услова за њену реализацију. До тог момента залогодавац начелно може несметано располагати имовином, осим заснивања залогне којом би се угрозио приоритет намирења залогопримца лебдеће залогне. Тек у поступку реализације лебдеће залогне, тзв. поступку кристализације (енгл. *crystallisation*), оптерећено добро чине све ствари и права које су се у том тренутку нашле у имовини залогодавца. Више о томе: Д. Стојановић, „Бездржавинска залога (покретна хипотека) – упоредноправна студија“, *Зборник правног факултета у Нишу*, Ниш, 1971, стр. 48-49; Н. Тешић, „О предмету заложног права“, *Правни живот*, бр. 10/2003, стр. 128.

ликвидационом поступку се поред необезбеђених (хирограферних) поверилаца појавио и Арон Саломон, који је са статусом заложног (обезбеђеног) повериоца, захтевао приоритетно намирење за вредност залоге (од око 10.000 енглеских фунти). Међутим, уз образложење да је привредно друштво „Саломон компанија“ представљало само параван за остваривање личних интереса Арона Саломона, који је суштински био једини стварни оснивач овог привредног друштва, необезбеђени повериоци поднели су тужбу суду ради обавезивања Арона Саломона да целокупном својом имовином одговара повериоцима за обавезе привредног друштва. У првој инстанци, суд је утврдио да је у конкретном случају „Саломон компанија“ била само „агент“, односно пуномоћник Арона Саломона као јединог стварног оснивача. Апелациони суд је потврдио одлуку прве инстанце, али уз другачије образложење. У одлуци апелационог суда наведено је да је у предметном спору реч о *de facto* једночланом друштву, па је у таквој чињеничној конструкцији утврђена повреда тада важећих законских одредаба о минималном броју чланова акционарског друштва.⁵⁸ Међутим, Дом лордова (енгл. *House of Lords*) је 1897. године, поступајући као енглески Врховни суд, преиначио одлуку нижих судова и пресудом одбио тужбени захтев тужилаца. Образложење пресуде састојано је у наводима да је „Саломон компанија“ самостални привредни субјект који поседује сопствену имовину, одвојену од имовине оснивача. Стога, Арон Саломон не може бити одговоран за обавезе привредног друштва, будући да је реч о одвојеним субјективитетима.⁵⁹ Указано је и да је законским нормама само прописан минималан број чланова акционарског друштва, али не и обим њихових удела. Са изнетог, могуће је закључити да случај *Salomon v. Salomon and Co. Ltd.*, од револуционарног покушаја увођења у правни живот института пробијања правне личности, након поменуте одлуке Дома лордова, више доприноси потврди темељног начела о одвојености правног субјективитета друштва од његових чланова.⁶⁰

С друге стране, у правној теорији се јављају и другачија схватања о пореклу института пробијања правне личности, на основу којих се могу уочити

⁵⁸ R. Brnabić, *Proboj pravne osobnosti i odgovornost za obveze*, Doktorska disertacija, Pravni fakultet, Sveučilište u Zagrebu, Zagreb, 2010, стр. 69.

⁵⁹ М. Васиљевић (2011), стр. 69.

⁶⁰ B. Pettet, *Company Law*, Longman Law Series, London, 2005, стр. 23-24.

ставови да Сједињене Америчке Државе представљају колевку института пробијања правне личности.⁶¹ Назнаке о настајању овог института у америчком праву поједини аутори везују за почетак XIX века и спор *Bank of United States v. Deveaux* из 1809. године.⁶² Иако не представља класичан пример подизања правног вела привредног друштва, становиште заузето у наведеном спору представља се као први пример одступања од правила о третирању привредног друштва као независног правног ентитета у односу на његове чланове. У одлуци америчког Врховног суда (енгл. *Supreme Court of the United States*), председник већа Маршал (енгл. *Chief Justice Marshall*) је, приликом оцене да ли банка може бити странка у поступку пред федералним судовима, изнео становиште које је у то време било револуционарно. Наиме, он је пошао од чињенице да уколико се привредно друштво посматра као класичан правни ентитет, оно не може имати својство грађанина државе, који је једино тада могао имати постулативну способност, па тако не може поднети тужбу суду. Међутим, независно од тога што је привредно друштво самосталан правни субјект, потребно је продрети кроз његов ентитет, све до „карактера његових чланова који у ствари чине привредно друштво“.⁶³ Таквим чињењем могуће је доћи до суштине, да странку у спору чине акционари банке као њени чланови. С обзиром да акционари имају статус грађанства, тужба банке у предметном спору сматрана је дозвољеном.⁶⁴

Након овог случаја, по становишту професора Мориса Вормсера (енгл. *Maurice Wormser*),⁶⁵ једног од твораца института пробијања правне личности, судови се нису устручавали да, било по основу закона, потом по основу правичности, као и у случају стечаја, подигну правни вео привредних друштава и провире иза њиховог правног ентитета до суштинских власника.⁶⁶ Изграђен на тим основама, као један од најранијих случајева пробијања правне личности,

⁶¹ К. Vanderkerckhove, *Piercing the Corporate Veil: A Transnational Approach*, Kluwer Law International, 2007, стр. 76.

⁶² М. Wormser, *op. cit.*, стр. 497.

⁶³ *Bank of the United States v. Deveaux*, 9 U.S. 61 (1809), стр. 90.

⁶⁴ М. Wormser, *op. cit.*, стр. 497.

⁶⁵ Због великог трага који је Морис Вормсер (*Maurice Wormser*), некада професор права на Фордам универзитету (Fordham University), оставио у компанијском праву, нарочито бавећи се питањима везаним за институт пробијања правне личности, многи амерички правници га називају „оцем“ овог правног института. Видети: S. B. Presser, *op. cit.*, стр. 34; P. B. Oh, „Veil-Piercing“, *Texas Law Review*, Vol. 81, 2010, стр. 83.

⁶⁶ М. Wormser, *Disregard of the Corporate Fiction and Allied Corporation Problems*, New York, 1927, стр. 59.

јавља се у спору *Booth v. Bunce*, из 1865. године.⁶⁷ Два партнера, Монтгомери и Лунд (енгл. *Montgomery and Lund*), након западања у финансијске потешкоће при пословању у свом ортачком друштву (енгл. *partnership*), оснивају ново привредно друштво, „Монгомери компанију“ (енгл. *Montgomery Co.*), у форми акционарског друштва. До оснивања је дошло с циљем да се сва имовина из ортачког друштва пренесе на новоосновано привредно друштво и на тај начин изиграју повериоци ортачког друштва. Изиграни повериоци ортачког друштва поднели су тужбу против новоосноване компаније, ради наплате својих потраживања. Првостепени суд је усвојио захтев поверилаца и омогућио им да своја потраживања настала према ортачком друштву наплате од „Монгомери компаније“. У образложењу одлуке наведено је да: „уколико је компанија основана с поштеним циљевима и уколико је пренос имовине из ортачког друштва Монтгомерија и Лунда такође извршен поштено, без преварних намера, не би постојао основ за одговорност новоосноване компаније. У супротном, уколико је ново привредно друштво основано ради изигравања поверилаца Монтгомерија и Лунда, па је њихова имовине пренета ради остварења преварних намера, повериоци ће успети да наплате своја потраживања од новоосноване компаније“.⁶⁸ Другим речима, суд не сме толерисати било који покушај ометања, одлагања наплате, или преваре поверилаца позивајући се на постојање „правног вела корпоративног ентитета“.⁶⁹

Ваљало би истаћи и да је професор Морис Вормсер оставио посебан траг у отпочињању примене института пробијања правне личности у стечајном праву. Указивао је на нарочиту неопходност пробијања „корпоративног ентитета“ у

⁶⁷ *Booth v. Bunce*, 33 N. Y. (1865), стр. 139. На овај спор упућује: М. Wormser (1912), стр. 498. Након овог спора у америчкој судској пракси XIX века могуће је пронаћи читав низ судских одлука у вези примене института пробијања правне личности. Примера ради: *Hibernian Insurance Company v. St. Louis & New Orleans Trans. Co.*, 13 Fed. 516 (1882), у којој је истакнуто да у конкретном случају неће бити дозвољено оснивање нове компаније док се у постојећој не измире обавезе свих поверилаца; *People v. North River Sugar Refining Company*, 121 N. Y. 582, (1890), која нарочит значај има код пробијања правне личности повезаних друштва; *Bremen Saving Bank v. Branch etc. Co.*, 104 Mo. 425 (1891) и *Vance v. Mc Nabb Coal etc. Co.*, 92 Tenn. 47 (1892), где такође долази до занемаривања „правног ентитета“ привредног друштва; *In Interstate Telegraph Company v. Baltimore and Ohio Telegraph Company*, 51. Fed. 49 (1892), у којој одлуци је телеграфска компанија основана од стране компаније која се бави железницама у ствари посматрана као „пословни канал“ (енгл. *business conduit*) железничке компаније, с обзиром на испреплетаност власничке структуре, запослених и органа управе. Отуда је имовина телеграфске компаније сматрана делом имовине железничке компаније.

⁶⁸ *Booth v. Bunce*, 33 N. Y. (1865), стр. 156.

⁶⁹ М. Wormser (1912), стр. 499.

случају отварања стечајног поступка према привредном друштву, с обзиром да су у том моменту злоупотребе најизвесније. Нарочито се издваја његова анализа тзв. „стечајног пробијања“ у случају *In re Rieger, Kapner & Altmark* из 1907. године.⁷⁰ У овом примеру из судске праксе, поред постојећег привредног друштва оснивачи су регистровали ново привредно друштво, с тим да је однос пословања оба друштва био толико повезан да из књиговодствене документације није било могуће разлучити у које је уговорне односе ступало једно а у које друго привредно друштво. Посебност овог случаја огледа се у томе што је, управо због наведене испреплетаности односа, по отварању стечајног поступка према једном привредном друштву стечајни управник настојао да у стечајну масу уврсти имовину оба привредна друштва. Правдање ове намере стечајни управник налази у образложењу да је новоосновано привредно друштво пословало као *alter ego* ранијег привредног друштва. Поступајући суд је препознао неискрене намере оснивача, па је истакао да је ново привредно друштво основано само да би неискреним оснивачима била пружена могућност двоструког кредитирања и извргавања поверилаца у случају инсолвентности. Услед овако сазданог чињеничног стања уследио је став да правни субјективитет не сме опстати када је очигледно да се „њиме штите права непоштених и занемарују злоупотребе“.⁷¹ Описана тврдња доцније је цитирана у многим судским одлукама.

За развој института пробијања у правној историји, поред професора Вормсера, нарочит значај придаје се судији Бенџамину Кардозу (енгл. *Benjamin Cardozo*),⁷² као и правном теоретичару Фредерику Пауелу (енгл. *Frederick Powell*). Судија Бенџамин Кардозо је своје разлоге за примену института пробијања правне личности у привредном праву изнео у одлуци *Berkey v. Third Ave. Ry. Co* из 1926. године.⁷³ Посебно је занимљиво што је овај процес, као и раније поменути спор из енглеског права *Salomon v. Salomon and Co. Ltd*, окончан у крајњем, одбијањем тужбеног захтева за пробијање правне личности. Ипак, аргументи изнети у одлуци, нарочито од стране судије Кардоза, оставили су дубок траг у примени института пробијања правне личности. Укратко, чињенична грађа спора

⁷⁰ *In re Rieger, Kapner & Altmark*, 157 Fed. 609 (1907).

⁷¹ M. Wormser (1912), стр. 500.

⁷² S. B. Presser, *op.cit.*, стр. 27.

⁷³ *Berkey v. Third Ave. Ry. Co*, 244 N.Y. 84 (1926).

настаје када тужила Беркеј (енгл. *Berkey*), услед немарности возача, доживљава повреду као путник у трамвају који је припадао привредном друштву, познатом као „*Forty-Second Street*“. Иначе, друштво „*Forty-Second Street*“ је било зависно друштво, у апсолутном власништву матичног друштва „*Third Avenue Railway Company*“. Оштећена Беркеј је тужбу за наплату свог потраживања по основу причињене штете определила управо према матичном друштву „*Third Avenue Railway Company*“, уз образложење да је матично друштво у суштини деловало за своје интересе, док је зависно друштво („*Forty-Second Street*“) представљало само део система који је функционисао искључиво у интересу матичног друштва. Дакле, тужила је заступала тврдњу да је зависно друштво представљало „агента“ (енгл. *agency*) или „пуко оруђе“ (енгл. *mere instrumentality*) матичног друштва.⁷⁴ Наведени став последица је чињеница које је и сам судија Кардозо констатовао, да су зависно и матично друштво сачињавали консолидоване финансијске извештаје, чланови одбора директора су били приближно идентични у оба друштва, да су извршни директори били апсолутно идентични, матично друштво је изнајмљивало трамваје зависном друштву, трамваји зависног друштва на себи су садржали и ознаке матичног друштва „*Third Avenue Railway Company*“. Међутим, судија Кардозо је одбио аргументе тужиле, наводећи првенствено да је у конкретном случају зависно друштво („*Forty-Second Street*“) апсолутно финансијски самостално од матичног друштва („*Third Avenue Railway Company*“). Његови биланси стања су сачињавани независно од матичног друштва. Наведено зависно друштво има и сопствени пословни рачун у банци, путем којег исплаћује зараде својим запосленима и измирује друге обавезе. Притом, оно није било организовано ради довођења у заблуду трећих лица о постојању његовог субјективитета, већ је био устројен као одвојени „правни ентитет“ који обавља делатност на тачно одређеној релацији, у складу са дозволом добијеном од стране државе. Све наведено указује да зависно друштво није представљало „псеудоним“ (енгл. *alias*) или „маску“ (енгл. *dummy*), матичном друштву, у ком случају би пробијање правне личности једино било оправдано. И поред неспорне присутности контроле зависног друштва од стране матичног, Кардозо указује да за подизање правног вела „доминација матичног друштва мора бити комплетна и

⁷⁴ S. B. Presser, *op.cit.*, стр. 28.

мешање у пословање зависног друштва нарочито наметљиво“.⁷⁵ На тим основама он успева да конкретизује идеје о „принципалу” или „агенту“ зависног друштва у односу са матичним. Проста тврдња да је зависно друштво „агент“ матичног друштва, по њему представља само тзв. „сумаглицу метафора“ (енгл. *mists of metaphor*), из које се не може добити јасан одговор о оправданости пробијања правне личности. Премда, уколико се степен повезаности матичног и зависног друштва налази на нивоу испод тзв. „комплетне доминације и наметљивог мешања“, тада се ваља окренути „тесту“⁷⁶ правичности и поштења (енгл. *honesty and justice*), ради оцене испуњености услова за пробијање. Вођен наведеним принципима, судија Кардозо је био мишљења да је пробијање правне личности друштвено-политички оправдано једино уколико је усмерено на спречавање злоупотребе права, која претходно мора бити јасно утврђена. Као пример постојања индиција о злоупотреби права он наводи случајеве преноса капитала матичном друштву у ситуацији када зависном друштву прети стечај, или коришћење друштва за избегавање статутарних или других позитивноправних обавеза. У сваком случају, по становишту Кардоза, треба бити обазрив при примени института пробијања, који не сме бити коришћен само при помену идеје да зависно друштво представља „агента“ матичном друштву. У супротном, сваки случај зависности, односно постојања контролног утицаја, могао би водити пробијању правне личности, што суштински доводи до одустајања од концепта ограничене одговорности.⁷⁷

Уочљиво је да све напред изнете тврдње полазе од уопштених разлога за пробијање правне личности, које се могу сврстати у домен правних начела. Отуда не би ваљало занемарити допринос Фредерика Пауела,⁷⁸ који је оставио значајан траг у теоријском уобличавању овог правног института и конкретизовању разлога

⁷⁵ P. V. Oh, „Veil-Piercing“, стр. 89.

⁷⁶ У српском праву би се наведени „тест“ могао подвести под „начело савесности и поштења“, као једног од темеља облигационог права.

⁷⁷ Овде ваља поменути да су у америчкој пракси постојали супротстављени ставови у односу на изнете тврдње судије Кардоза. Тако је судија Крејн (енгл. *Crane*) истицао да у случају када „једна железничка компанија контролише другу и обе функционишу као јединствен систем, тада ће матична компанија одговарати за сваку немарност зависне“. Видети спор: *Davies v. Alexander*, 269 U.S. 114 (1925).

⁷⁸ Од изузетног значаја за теоријску анализу института пробијања правне личности представља његово дело: F. Powell, *Parent and Subsidiary Corporations: Liability of a Parent Corporation for the Obligations of Its Subsidiary*, Chicago: Callaghan and Company, 1931.

пробијања, нарочито код повезаних друштава. У својој анализи института пробијања правне личности, он полази од става да за пробијање правне личности није довољно позивање на опште и непотпуно одређене разлоге, попут указивања да зависно друштво чини „агента“, „маску“, „инструмент“ матичном друштву. Посебна вредност Пауелове анализе огледа се у формулисању три генерална теста, која морају бити испитана ради утврђивања оправданости пробијања правне личности. Сваки од три теста састоји се од листе питања, од чијих одговора зависи да ли ће правни вео привредног друштва бити сврсисходан. Први тест се назива „*alter ego* тест“. Да би овај „тест“ био испуњен и тако омогућио пробијање правне личности, неопходно је да зависно друштво буде под апсолутном контролом или доминацијом матичног друштва. Други је тест „неправде“ (енгл. *injustice*), који подразумева да се правни вео може подићи само уколико је учињено нешто неправедно, преварно или незаконито. Трећи се тест може назвати тестом „неправедног губитка“ (енгл. *unjust loss*). Први од поменутих, тзв. „*alter ego* тест“, трага за одговорима на следећа питања: да ли матично друштво поседује све или већину удела у зависном друштву; да ли зависно и матично друштво имају истоветне органе управљања и запослене; да ли матично друштво финансира зависно; да ли зависно друштво поседује осетно неадекватан капитал; да ли матично друштво исплаћује зараде и друге трошкове или накнађује губитак зависном друштву; да ли зависно и матично друштво имају заједничке пословне циљеве; да ли је зависно друштво представљено као део система матичног друштва; да ли матично друштво користи имовину зависног као своју; да ли органи управе и власници матичног друштва својим радњама угрожавају самосталност зависног друштва. Тест „неправде“, притом, изискује одговоре на следећа питања: да ли матично друштво користи зависно зарад остварења преварних, нелегитимних циљева; да ли матично друштво користи зависно како би се изиграо закон; да ли матично друштво умањује имовину зависног друштва; да ли се зависно друштво користи као продужено средство матичног друштва за вршење злоупотреба и чињење штете.⁷⁹ Због очевидне једноставности трећег теста, који у суштини подразумева постојање стварних,

⁷⁹ Управо због последње постављеног питања, у америчком праву се сматра да је Фредерик Пауел отворио врата анализи пробијања у контексту „неуговорне одговорности“ (енгл. *tort law*). Видети: S. B. Presser, *op. cit.*, стр. 43.

реалних губитака зависног друштва, Пауел овде не опредељује детаљна питања од чијих би одговора зависила испуњеност услова за пробијање. Уз изнето, ваљало би истаћи да по Пауеловом становишту, није неопходан позитиван одговор на сва питања постављена у прва два поменута теста, како би се правни вео матичног друштва могао подићи. Све зависи од међусобног повезивања одговора и њиховог посматрања као целине, кроз сва три поменута теста. Зато се с правом може рећи да је однос повезаности ових тестова толико изражен, да се готово стапају један у други.⁸⁰

На крају, нужно је поменути да је институт пробијања правне личности, након описаних судских прецедената и изнетих мисли поменутих посленика правне науке, наставио своју еволуцију. Осавремењавање пословања узроковало је бројне видове злоупотребе правила о ограниченој одговорности. Таквим животним токовима може доскочити само гипкост института пробијања. Зато су следиле бројне судске одлуке и ставови правне науке посвећени развоју овог правног института, који су вредни помена. Ипак, како се предметна студија не би преточила у излагање о историјском развоју института пробијања, неопходно је застати само на указаним темељима, које су служили као основа његовог даљег развоја. Отуда је уместо закључка довољно рећи да су описане почетне идеје о пробијању правне личности имале немерљив допринос његовом утемељењу у правној науци, као и даљем развоју. Значај ових „извора пробијања“ се најједноставније може сагледати кроз чињеницу да институт пробијања правне личности представља неизоставан део сваког савременог компанијског закона.

2.2. Аргументи оправданости настанка института пробијања

С обзиром да је институт пробијања правне личности настао деловањем правника практичара, у правној теорији је током читаве његове историје постојала дилема о оправданости увођења овог правног института у право привредних друштава. И данас је присутна правна аргументација за и против његове примене.

⁸⁰ C. S. Krendl, J. R. Krendl, „Piercing the corporate veil: focusing the inquiry“, *Denver Law Review*, Vol. 55, No. 1/1978, стр. 16.

У време настанка института пробијања правне личности, његови творци су полазили од принципа ограничене одговорности као „привилегије“ дате од стране државе, у сврху лагоднијег обављања делатности и остваривања добити, односно једноставнијег битисања привредних друштава у државно-правном поретку. Уколико ова „привилегија“ буде злоупотребљена, односно када се привредно друштво користи „у намери остварења циљева који нису адекватни разлозима и политици његовог оснивања“, ⁸¹ легитимно је продрети кроз правни ентитет. Описано становиште у америчком праву названо је „историјским аргументом“ (енгл. *argument from history*). ⁸² Наведена аргументација указује да је пробијање правне личности оправдано у случају када правило о ограниченој одговорности бива злоупотребљено. На истим основама граде се разлози оправданости пробијања правне личности у готово свим савременим правним системима. Тако у немачком праву, учење о забрани злоупотребе права представља темељ постојања института пробијања правне личности. ⁸³ Изнетом приступу немачког права ваља додати и учење о повреди сврхе правне норме, ⁸⁴ које се у суштини своди на тврдњу да је пробијање правне личности оправдано у ситуацији када циљ правне регулативе о ограниченој одговорности буде изигран. Спречавање злоупотребе права чини суштину пробијања правне личности и у енглеском праву, иако се до такве оцене долази на посредан начин. Наиме, учење о теорији „агента“ или тзв. *alter ego* теорија не представљају ништа друго до тежњу за спречавањем злоупотребе права. И у српском праву злоупотреба права представља основни принцип који оправдава пробијање правне личности. ⁸⁵ Отуда је можда прикладније суштини пробијања правне личности, да се уместо као „аргумент историје“ који се користи у америчком праву, изнети разлози оправданости

⁸¹ М. Wormser (1927), стр. 8.

⁸² S. B. Presser, *op. cit.*, стр. 13.

⁸³ R. Brnabić, *op. cit.*, стр. 36; упућује на: R. Serick, *Rechtsform und Realität juristischer Personen*, Berlin u. Tübingen, 1955, стр. 38.

⁸⁴ R. Brnabić, *op. cit.*, стр. 37.

⁸⁵ ЗОПД (2011), чл. 18 ст. 1. Сличан приступ, примера ради, изражен је и у кинеском и јапанском праву, која су институт пробијања, такође, попут права Србије, преузела из англо-америчког права. О томе: M. D. Albert, „Addressing Abuse of the Corporate Entity in the People's Republic of China: New Thoughts on China 's Need for a Defined Veil Piercing Doctrine“, *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, Vol. 23, 2002, стр. 25; M. Wu, „Piercing China's Corporate Veil: Open Questions from the New Company Law“, *The Yale Law Journal*, Vol. 117, No. 2/2007, стр. 333; T. K. Cheng, „The Lifting the Corporate Veil Doctrine in Hong Kong: an Empirical, and Development Perspective“, *Common Law World Review*, Vol. 40, No. 3/2011, стр. 224-232.

постојања овог правног института наслове као тзв. „аргументација о спречавању злоупотребе права“.

Нешто другачији разлози оправданости постојања института пробијања правне личности срећу се код представника школе економске анализе права, који правне норме сагледавају са аспекта њихове ефикасности.⁸⁶ Они превасходно полазе од одбране концепта ограничене одговорности у ситуацији када постоји потпуна одвојеност власничке структуре од професионалних менаџера. У таквој ситуацији, трошкови контролисања управе су снижени што поспешује инвестирање.⁸⁷ Потом, професионална управа смањује трошкове надзора других власника,⁸⁸ а ширењем слободе ризиковања у инвестирању омогућује остваривање већих пословних успеха. Дакле, мишљење је представника школе економске анализе права, односно тзв. чикашке школе, да концепт ограничене одговорности снажно делује на ефикасност привредног друштва у случају постојања одвојености власничке структуре од управе, која мора бити строго професионална. Међутим, у случају непостојања одвојености власничке структуре и професионалне управе, често бива занемарена ефикасност друштва и брине се превасходно о личним интересима власника. Тада концепт ограничене одговорности не води остваривању најефикаснијих циљева привредног друштва, па је „погодно“ применити институт пробијања правне личности. Изнети разлози правдања пробијања правне личности у теорији права названи су „аргументом погодности“ (енгл. *argument of convenience*).⁸⁹

Развојем учења о пробијању правне личности, у правној литератури су се појавила и схватања која занемаривање концепта ограничене одговорности привредног друштва бране тзв. „аргументом друштвено-политичке оправданости“ (енгл. *argument of policy*). Овај аргумент начелно полази од тежње за заштитом поверилаца привредног друштва. Посебан акценат њихове заштите усмерава се ка тзв. „невољним“ повериоцима (енгл. *tort creditors*), односно повериоцима који нису по основу уговорног односа стекли тражбину према привредном друштву.

⁸⁶ R. Posner, *op. cit.*, стр. 565-570.

⁸⁷ R. Posner, „The Rights of Creditors of Affiliated Corporations“, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 43, No. 3/1976, стр. 516-517.

⁸⁸ F. H. Easterbrook, D. R. Fischel, *op. cit.*, стр. 95.

⁸⁹ S. B. Presser, *op. cit.*, стр. 45.

Насупрот њима, вољни повериоци (енгл. *contract creditors*), имају могућност да, пре ступања у облигациони однос са привредним друштвом, сагледају могуће ризике, извагају своје интересе а потом и да наплату тражбине обезбеде средствима обезбеђења која им правни систем ставља на располагање. Отуда, по многим правним писцима, „невољни“ повериоци, нарочито у случају отварања стечајног поступка према привредном друштву, морају имати приоритет у наплати својих потраживања у односу на вољне.⁹⁰ Такав приступ, по њима, водио би остваривању основних принципа демократије. Поред изнетог, пробијање правне личности је друштвено-политички оправдано нарочито у случајевима поткапитализације привредног друштва, односно постојаности „безначајног“ капитала при оснивању друштва у односу на дугове који реално могу настати у обављању планиране делатности.⁹¹ На крају, на аргумент друштвено-политичке оправданости пробијања се нарочито позива у случајевима када повезана привредна друштва само формално послују као одвојена лица а у стварности делују као јединствен правни ентитет. У случајевима „помешаног“ пословања зависног и матичног друштва осетнији су покушаји изигравања концепта ограничене одговорности, па правдање пробијања правне личности тада остварује своју сврху.

Уз образлагање друштвено-политичке аргументације као објективног мерила оправданости постојања института пробијања, не сме бити занемарен ни субјективни критеријум вредновања овог правног института, који увек полази од осећаја правичности. Отуда се у правној теорији као један од мерила оправданости института пробијања јавља и тзв. аргумент правичности (енгл. *argument of justice*). Како не би водио својој супротности, критеријум правичности ваља бити омеђен општеприхваћеним вредностима. У том смислу, несумњиво је да основе правичности леже у идеји природног права. Идеја природног права је

⁹⁰ R. Clark, „The Duties of the Corporate Debtor to its Creditors“, *Harvard Law Review*, Vol. 90, No. 3/1977, стр. 551-553. Неки аутори иду и корак даље, па правдају могућност елиминисања концепта ограничене одговорности у сваком случају наплате потраживања тзв. невољних поверилаца. О томе видети: Н. Hansmann, R. Kraakman, „Toward Unlimited Shareholder Liability for Corporate Torts“, *The Yale Law Journal*, Vol. 100, No. 7/1991, стр. 1933-1934. Међутим, потпуно занемаривање концепта ограничене одговорности у случају обештећења тзв. „невољних“ поверилаца није пожељно, јер се тиме непринципијелно занемарују позитивни ефекти овог концепта.

⁹¹ S. B. Presser, *op. cit.*, стр. 106.

објективисана и она лежи у сваком човеку.⁹² Уколико желимо да нам право буде људско, праведно и сигурно, наше заједничко дело, а понајвише дело његових твораца, мора бити инспирисано и вођено рационалном снагом природног права.⁹³ Његова основна вредност лежи у тврдњи да сваки извор права мора бити превасходно морално прихватљив. Једино тада је могуће говорити о творењу правичног и праведног права, једнаког за све. Изнето указује да институт пробијања правне личности ваља посматрати кроз рационалну, умну, концепцију природног права. Оправданост његовог увођења у право привредних друштава можда је најпоузданије сагледати кроз призму универзалних вредности недискриминације, моралности, једнакости, равноправности, које прокламује природно (универзално) право. Зарад вернијег описа и појашњења изнетих вредности, њих је могуће сажети кроз заповест: „поштено живети, никог не повредити, сваком дати оно што му припада“.⁹⁴ Следећи ову заповест, лако је уочљиво да институт пробијања правне личности тежи остваривању поменутих универзалних вредности. Несумњивост изнетог закључка произлази из чињенице да се путем овог правног института утврђује одговорност лица која су у основи злоупотребила правну норму. Чак и уколико није могуће утврдити непосредну одговорност учиниоца злоупотребе, пробијање правне личности је, сходно начелу правичности, могуће и у ситуацијама када је присутна злоупотреба која се не може непосредно приписати у кривицу власника друштва. Овај вид „одговорности по основу правичности“ нарочито је заступљен у англо-америчком праву.⁹⁵ Она се образлаже тврдњом да је одговорност за утврђене злоупотребе у пословању друштва увек ближа власницима друштва него повериоцима тог друштва. Власници друштва у односу на повериоце, макар на посредан начин доприносе евентуалном настанку повреде права. Отуда је правично да се применом института пробијања правне личности расподели одговорност за правно неваљано поступање на власнике привредног друштва. С тим у вези, можда је уместо критеријума „правичности“ ваљаније употребити „аргумент

⁹² Т. Живановић, *Систем синтетичке правне филозофије*, Српска академија наука, Београд, 1959, стр. 623.

⁹³ С. Перовић (2012), стр. 175.

⁹⁴ Јустинијанов *Corpus iuris civilis*, Институције, књига 1, наслов 1.

⁹⁵ J. Marson, *Business Law*, Oxford University Press, 2011, стр. 502.

одговорности“ као уверљивији у правдању постојања института пробијања правне личности са становишта заштите основних, универзалних вредности.

Независно од различитих становишта посматрања, напред изнети аргументи се похвално односе према увођењу института пробијања правне личности у државно-правни поредак. Ипак, како пут до научног сазнања води једино кроз вагање међусобно супротстављених мишљења, нужно је указати да у теорији права не постоји једногласје поводом оправданости постојања института пробијања правне личности. Штавише, подједнако са позитивном аргументацијом постоје и негативна тумачења потребе постојања института пробијања правне личности. Полазна основа негативне аргументације заснована је на наводима да се пробијање правне личности ређе јавља, непринципијелно је и арбитрерно.⁹⁶ Пробијање правне личности узрокује високе трошкове у судском поступку, а притом је праћено великим ризиком по тужиоце који посегну за применом овог правног института.⁹⁷ Потом, неустаљени критеријуми судија у примени иснтитута пробијања, могу водити правној несигурности. Присталице негаторског гледишта о потреби постојања института пробијања правне личности своје ставове правдају, помало иронично постављајући питање да ли је власник друштва као тужени у поступку пробијања учинио било шта што би га несумњиво учинило непосредно одговорним.⁹⁸ Власник друштва не учествује непосредно у закључивању правних послова друштва, већ то чине овлашћени органи привредног друштва. Како се чињења органа друштва у суштини сматрају радњама самог друштва, то се по наведеним негаторским схватањима, ни на који начин не може власник сматрати одговорним за радње привредног друштва. Једино одговорно је само привредно друштво. Отуда присталице негативног приступа о пробијању величају концепт ограничене одговорности, иако и сами примећују одређене недостатке овог концепта. Наиме, признају да концепт ограничене одговорности доприноси преношењу ризика са чланова на повериоце.⁹⁹ Међутим, наведене мањкавости, по њиховом становишту, није

⁹⁶ F. H. Easterbrook, D. R. Fischel, *op. cit.*, стр. 89; G. Morris, „Piercing the Corporate Veil in Louisiana“, *Louisiana Law Review*, Vol. 52, 1991, стр. 271-272.

⁹⁷ S. Bainbridge, „Abolishing LLC Veil Piercing“, *University of Illinois Law Review*, Vol. 77, No. 1/2005, стр. 102.

⁹⁸ S. Bainbridge, „Abolishing Veil Piercing“ *The Journal of Corporation Law*, 2001, стр. 534.

⁹⁹ S. Bainbridge (2005), стр. 95.

могуће превазићи применом института пробијања правне личности, већ једино усавршавањем концепта ограничене одговорности.¹⁰⁰

Ради правичне оцене оправданости постојања института пробијања у праву привредних друштава неопходно је описана позитивна и негативна гледишта о пробијању ставити у исту раван и упоредити квалитет аргумената на којима су засновани. Након поређења наведених ставова може се неспорно рећи да изврстан степен арбитрности у примени института пробијања правне личности свакако постоји. Међутим, то никако не умањује значај овог правног института. Као правни изузетак у односу на концепт ограничене одговорности одређених форми привредних друштава институт пробијања не представља ништа друго до „правни лек“ односно коректив у случају његове злоупотребе. Због различитих видова могућег неправног поступања, он је нужно променљив и прилагодљив. То не значи да он није потребан и друштвено-политички оправдан у сваком правном систему који тежи спречавању злоупотребе права. Напротив, у савременим условима пословања потреба за применом института пробијања правне личности је насушна. Стога, уместо расправе о потреби за постојањем овог правног института, пожељно је већу пажњу посветити његовом развоју. Оно чему свакако треба тежити јесте да се разлози пробијања правне личности омеђе уједначеним правним стандардима, како се пробијању не би приступало индивидуално и самовољно, без икаквих устаљених и на праву заснованих мерила. У супротном његова примена водила би правној несигурности, јер и превелика доза правичности од оних који право примењују може водити неправичним решењима.¹⁰¹

Нужно је нагласити да се оправданост настанка и опстанка института пробијања правне личности нарочито осећа у ситуацији када привредном друштву прети наступање стечајних разлога или они већ постоје. У тим моментима власници друштва нарочито теже да на различите начине умање потенцијалну стечајну масу,¹⁰² извлачењем имовине из друштва или другим могућим злоупотребама. Тако примена института пробијања правне личности привредних

¹⁰⁰ S. Vainbridge, *op. cit.*, стр. 99.

¹⁰¹ С. Перовић (ур.), *Коментар Закона о облигационим односима*, Београд, 1995, стр. 14.

¹⁰² J. Macey, J. Mitts, „Finding Order in the Morass: The Three Real Justifications for Piercing the Corporate Veil“, *Cornell Law Review*, Vol. 100, 2014, стр. 130.

друштава у стечају доприноси остваривању позитивних ефеката по њихову стечајну масу, па самим тим и повољнијем намирењу поверилаца. Успех у пробијању правне личности у стечајном поступку има не само репресивни ефекат на учиниоце злоупотребе правила о ограниченој одговорности већ и значајан превентивни утицај. Ово из разлога што успех у поступку пробијања правне личности одвраћа потенцијалне учиниоце од покушаја злоупотребе правила о ограниченој одговорности.

Следом наведеног, уместо закључка се може рећи да институт пробијања правне личности оправдано има, сада већ устаљено место у праву привредних друштава. Као изузетак у односу на концепт ограничене одговорности, његов задатак је да у ситуацијама када је поменути концепт искоришћен за „злоупотребу права, нарушавање општег друштвеног интереса, чињење неправде,¹⁰³ привредно друштво буде посматрано као скуп појединаца, оснивача и чланова, неограничено одговорних за обавезе друштва. Стварањем ваљаних правних оквира, потом правилним тумачењем и разумевањем његове сврхе у привредноправном животу, ствара се подлога да позитивни резултати примене овог правног института буду подједнако приметни како у периоду активног пословања привредног друштва тако и након отварања стечајног поступка.

3. Појмовно одређење пробијања правне личности привредног друштва

3.1. Појам пробијања правне личности у ширем смислу

Појам пробијања правне личности одређује се пре свега према предмету његовог деловања. Он мора обухватити све особености овог правног института, како би се отклониле недоумице поводом његове садржине и оправдало његово постојање у правном систему. Међутим, у теорији права не постоји јединствено тумачење појма пробијања правне личности. Приметно је у правној литератури, а донекле и судској пракси, да се појам пробијања правне личности посматра у ширем и ужем смислу.

¹⁰³ J. H. Farrar, „Doctrinal Incoherence and Complex Variables in Piercing the Corporate Veil Cases“, *Australian Journal of Corporate Law*, 2014, стр. 24-25.

У ширем смислу посматрано, пробијање правне личности обухвата све случајеве у којима је поводом обавезе привредног друштва узрокован правни однос између поверилаца друштва и његових чланова, независно од правне природе тог односа.¹⁰⁴ Изнети приступ нарочито је заступљен у немачкој правној литератури.¹⁰⁵ На темељима описаног становишта, под институтом пробијања би се могао обухватити сваки вид одговорности члана настао у вези са обавезама привредног друштва. Тако би се под пробијањем у ширем смислу могла обухватити, између осталог и одговорност члана друштва по основу јемства за дугове друштва. Исти је случај и са приступањем члана одређеном дугу привредног друштва. Чак су у правној теорији присутна и настојања да се пробијање правне личности у ширем смислу поистовети са правилима која уређују читаву материју одговорности чланова друштва.¹⁰⁶

Наведено ширење појма пробијања правне личности води удаљавању од његове суштине. Основна сврха пробијања лежи у претњи члановима друштва да ће, због учињене злоупотребе правила о ограниченој одговорности, повериоцима привредног друштва бити омогућено да своје потраживање које је настало према друштву остваре из њихове личне имовине. Отуда је институт пробијања неспојив са одговорношћу члана по основу приступања дугу, јемства и других видова договорене одговорности члана за обавезе друштва. Описани примери одговорности чланова за обавезе друштва почивају на вољи самих чланова, па се исти несумњиво по својој природи могу подвести под уговорну одговорност. Међутим, институт пробијања може бити заснован како на уговорној тако и на „неуговорној“¹⁰⁷ одговорности. Поред изнетог, са институтом пробијања правне личности није ваљано поистовећивати ни правила о одговорности члана за непоштовање обавеза према друштву. Правни основ ове одговорности суштински

¹⁰⁴ R. Brnabić, *op. cit.*, стр. 14.

¹⁰⁵ R. Brnabić, *op. cit.*, стр. 15; R. Bork, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Gesetzbuchs*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2006, стр. 504.

¹⁰⁶ R. Bork, *Ibidem*.

¹⁰⁷ У правној литератури се уместо термина „неуговорна одговорност“, чешће помиње израз „вануговорна одговорност“. Међутим, логички је и граматички правилније користити појам „неуговоран“, јер се каже „дужан“ и „недужан“, а не „вандужан“. О томе: Ј. Радишић, *Облигационо право*, Београд, 2004, стр. 184.

се налази у правној регулативи о накнади причињене штете,¹⁰⁸ и у начелу је у питању унутрашња одговорност (одговорност према друштву). С друге стране, пробијање правне личности се заснива на злоупотреби права, која се по својој правној природи разликује од одговорности за накнаду штете. Уз то, код пробијања правне личности одговорност је спољашња (одговорност према трећем лицу).

Насупрот описаним покушајима ширења појма пробијања правне личности који нису утемељени на убедљивим и оправданим разлозима, ваља издвојити специфичан приступ ширења појма пробијања правне личности у француском стечајном праву. Наиме, ово право познаје тзв. тужбу због недовољности имовине (фра: *Action en responsabilité pour insuffisance d'actif*).¹⁰⁹ У ситуацији када је имовина стечајног дужника недовољна за намирење поверилаца, наведеном тужбом могуће је у судском поступку издејствовати пресуду којом би директор (управа) друштва у целости или делимично могао бити одговоран за обавезе друштва, па самим тим и обавезан на њихово плаћање. На први поглед изнет приступ није у вези са институтом пробијања, с обзиром да се ради о одговорности директора односно управе, а не члана друштва за обавезе друштва. Међутим, треба имати у виду да је француско право, вођено теоријом фикције, нарочито посвећено учењу о тзв. фактичким или *de facto* директорима (фра: *dirigent de fait*).¹¹⁰ Отуда, пасивно легитимисано лице у поступку по напред наведеној тужби може бити не само именовани, *de jure* директор друштва, који је суштински фиктиван (тобожњи), већ то може бити и фактички, *de facto* директор друштва, односно лице које у стварности управља друштвом преко именованог фиктивног директора и контролише га. Фактички директор друштва може бити, између осталих и члан привредног друштва. Одговорност фактичког директора у

¹⁰⁸ У српском праву посебне дужности према друштвима капитала имају чланови са значајним учешћем у капиталу друштва или контролни чланови друштва. Видети: ЗОПД (2011), чл. 61 ст. 1 тач. 2, у вези са чл. 62 ст. 3 и 5.

¹⁰⁹ Француски трговачки законик (фра: *Code de Commerce*), чл. L. 651-2 (пре новела из 2005. године у чл. L. 624-3 коришћен је назив *Action en comblement du passif*). R. Brnabić, „Materijalna potkapitalizacija u francuskom pravu društava kapitala“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, br. 1/2013, стр. 182. Овај аутор користи назив: „тужба за покривање губитака насталог друштву“.

¹¹⁰ Ближа српском језику, самим тим и заступљенија у нашем праву привредних друштава је терминологија овог појма преузета из енглеског језика: „директори у сенци“ (енгл. „*shadow director*“). Користи се и термин „скривени директори“. О томе видети: И. Љутић, „Директори у сенци“ – аспекти *de facto* и *de jure* контроле транснационалне компаније“, *Српска правна мисао*, бр. 47/2014, стр. 16-17.

случају успеха тужиоца по тужби због недовољности имовине не може се темељити на правилима о одговорности за причињену штету. Ово из разлога што фактички директор одлуком суда по тужби због недовољности имовине може бити одговоран за целокупан износ потраживања свих поверилаца стечајног дужника и онда када је извесно да он није својим пропустима у управљању друштвом узроковао настанак свих потраживања за која је проглашен одговорним.¹¹¹ С друге стране, суд може осудити фактичког директора на плаћање и нижег износа од износа штете која је настала друштву уколико то сматра оправданим зависно од околности конкретног случаја.¹¹² Оно што наведену тужбу због недовољности имовине из француског стечајног права у одређеном смислу удаљава од класичног поимања института пробијања правне личности јесте што се, у случају успеха у спору по овој тужби, дуговани износ исплаћује стечајном дужнику, а не непосредно повериоцима друштва.¹¹³ Међутим, то никако не значи да пресуда по тужби због недовољности имовине нема дејство према повериоцима. Иако ово дејство није непосредно, могуће је закључити да пресуда по наведеној тужби има посредно дејство према повериоцима. Имајући увиду да је основни циљ стечајног поступка најповољније колективно намирење поверилаца, које се врши уз поштовање стечајних прописа, то свака уплата у стечајну масу има дејство не према стечајном дужнику, већ приоритетно према повериоцима, јер се стечајни поступак спроводи искључиво ради њиховог најповољнијег колективног намирења. Посебно дејство описане пресуде, манифестовано у чињеници да средства остварена по овој пресуди практично служе намирењу свих поверилаца стечајног дужника, узроковано је искључиво због специфичног статуса привредног друштва према коме је отворен стечајни поступак и обавезе да се намирење поверилаца у стечају врши сходно стечајној регулативи. Отуда, изнето дејство пресуде не удаљава природу тужбе због недовољности имовине од суштине пробијања правне личности, с обзиром да се у крајњем од средстава остварених у случају успеха по наведеној тужби намирују повериоци стечајног дужника.

¹¹¹ C. Saint-Alary-Houin, „La responsabilité patrimoniale des dirigeants de sociétés en difficulté“, *Revue des procédures collectives*, 2001, стр. 148.

¹¹² R. Brnabić (2013), стр. 183.

¹¹³ *Ibidem*.

3.2. Појам пробијања правне личности у ужем смислу

Пробијање правне личности у ужем смислу не представља ништа друго до индивидуалну, неограничену одговорност члана друштва због злоупотребе правила о ограниченој одговорности за обавезе привредног друштва. Последица злоупотребе наведеног правила огледа се у чињеници да члан друштва неограничено одговара својом имовином за обавезе које је привредно друштво преузело у своје име. Дакле, тада члан одговара за туђе, а не за властите обавезе.¹¹⁴ У случају успеха у спору поводом пробијања правне личности повериоцима се омогућава да од члана друштва, односно његове личне имовине, издејствују наплату потраживања насталог према привредном друштву.

Описани појам пробијања у основи почива на учењу о злоупотреби, које потиче из немачког права.¹¹⁵ Поимање пробијања у ужем смислу прихваћено је и у нашем позитивном праву.¹¹⁶ У англо-америчком праву средиште пажње при анализи института пробијања правне личности усмерено је ка разлозима пробијања, па се самом појму пробијања не придаје нарочит значај. Наведени приступ је заступљен због третирања института пробијања као „изузетка“ у односу на правило о самосталном правном субјективитету привредног друштва. Међутим, из чињенице да се пробијање правне личности у енглеском праву правда у ситуацијама када привредно друштво представља „*alter ego*“¹¹⁷ свог власника, његовог „агента“¹¹⁸, или „чисту фасаду“ (енгл. *mere facade*),¹¹⁹ „помоћно средство“ (енгл. *instrumentality*)¹²⁰ ради „прикривања преварних циљева“¹²¹, може се рећи да концепт забране злоупотребе права и тамо преовлађује. Готово истоветан приступ уочљив је и у америчком праву.

Ради потпунијег разумевања појма пробијања правне личности, нужно је указати да се злоупотреба правила о ограниченој одговорности ваља тумачити

¹¹⁴ J. Barbić, *Pravo društava, knjiga druga – Društva kapitala*, Zagreb, 2005, стр. 180.

¹¹⁵ R. Brnabić (2010), стр. 183.

¹¹⁶ ЗОПД (2011), чл. 18 ст. 1.

¹¹⁷ J. Dobson, „Lifting the Veil in Four Countries: The Law of Argentina, England, France and The United States“, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 35, No. 4/1986, стр. 839.

¹¹⁸ R. Pennington, *Company Law*, London, 1995, стр. 43.

¹¹⁹ P. L. Davies, D. D. Prentice, *Gower's Principles of Modern Company Law*, Sweet & Maxwell, London, 1997, стр. 174.

¹²⁰ P. V. Oh, *op. cit.*, стр. 84.

¹²¹ J. H. Farrar, *op. cit.*, стр. 25.

шире од поступања које је искључиво противзаконито, па самим тим и од проузроковања штете. Одређено чињење може бити потпуно усклађено са позитивним прописима. Но, оно ће се ипак сматрати злоупотребом јер се њиме остварује недопуштена сврха. Тако одређена имовина привредног друштва може бити пренета у својину члана уз апсолутно поштовање прописа о располагању и стицању права својине. Међутим, поменуто располагање се може сматрати злоупотребом правила о ограниченој одговорности, уколико се испостави да је учињено у циљу оштећења поверилаца. Дакле, свако поступање које је супротстављено основним идејама и циљевима због којих је привредно друштво основано (*affectio societatis*), а нарушава интересе поверилаца друштва, може се тумачити као злоупотреба права у контексту пробијања правне личности. Наведено доприноси закључку да институт пробијања правне личности суштински представља правни „коректив“ концепта о ограниченој одговорности чланова за обавезе привредног друштва.

3.3. Термиолошке дилеме

Након неуједначеног приступа појму пробијања правне личности логичан је сусрет и са термиолошким дилемама у његовој примени. Ради одговора на питање који термин највише одговара садржини предметног правног института, неопходно је извршити детаљну анализу. У том подухвату полазну тачку представља америчко право, у коме је готово устаљен термин „*piercing the corporate veil*“¹²² (срп. „пробијање правне личности“). Доста ређе, сусрећу се и појмови „*disregard the corporate entity*“¹²³ (срп. „занемаривање правног ентитета“), као и „*misuse of corporate form*“¹²⁴ (срп. „злоупотреба правне форме“). У енглеском праву се у већини случајева користи израз „*lifting the corporate veil*“ (срп. „подизање правног вела“), док је мањој мери у примени термин „*looking behind the company*“ (срп. „занемаривање правног субјективитета компаније“). Обично се изрази „*piercing the corporate veil*“ и „*lifting the corporate veil*“, из

¹²² R. B. Thompson, „Piercing the Corporate Veil: An Empirical Study“, *Cornell Law Review*, Vol. 76, 1991, стр. 1036.

¹²³ Robert Clark, *Corporate Law*, 1986, стр. 37.

¹²⁴ W. Hackey, T. Benson, „Shareholder Liability for Inadequate Capital“, *University Pittsburgh Law Review*, 1981, стр. 850.

америчког и енглеског права, у правној теорији посматрају као синоними а разлике су једино у њиховом пореклу. Међутим, има аутора који стоје на становишту да између поменути два израза постоји суштинска разлика, па термин „*piercing the corporate veil*“ сматрају ближим правној природи института пробијања правне личности.¹²⁵ По њима, термин „*lifting the corporate veil*“ треба посматрати у знатно ширем контексту, јер се њиме може објаснити свака ситуација у којој је, ради утврђивања правне одговорности члана за обавезе друштва, нужно „погледати иза корпоративног ентитета“.¹²⁶ С друге стране, термин „*piercing the corporate veil*“ је усмерен искључиво на одговорност члана за обавезе друштва у случају злоупотребе концепта о ограниченој одговорности.¹²⁷

И у немачком праву се разликује термин „*Durchgriffshaftung*“ који означава „одговорност за пробој“, од израза „пробијања у ширем смислу“ (нем. *Durchgriff*).¹²⁸ Поред наведених, у употреби је и термин „*Haftungsdurchgriff*“, који упућује на појам пробијања у ужем смислу.¹²⁹ Описане термилошке дилеме у немачком праву узроковане су различитом појмовном приступу институту пробијања правне личности, односно његовом посматрању у ширем и ужем смислу. У француском праву су најчешће у употреби термини „*la levée du voile social*“ и „*l'effacement de la personnalité juridique*“, који суштински упућују на занемаривање правног вела, односно правног субјективитета привредног друштва. Холандско право у највећем броју случајева употребљава израз „*doorbraak van (de beperkte) aansprakelijkheid*“ (срп. „пробијање правне личности“).

Правни системи у региону такође користе различиту терминологију. Тако се у словеначком законодавству користи термин „*spreglod pravne osebnosti*“¹³⁰ (срп. „занемаривање правног субјективитета“). Хрватска правна теорија користи термин „*proboj pravne osobnosti*“,¹³¹ док се у њиховом законодавству појам

¹²⁵ I. Ramsey, D. Noakes, „Piercing the Corporate Veil in Australia“, *Company and Securities Law Journal*, 2001, стр. 253-255.

¹²⁶ *Ibidem*.

¹²⁷ I. Ramsey, D. Noakes, *op. cit.*, стр. 252.

¹²⁸ R. Brnabić (2010), стр. 14; C. Alting, „Piercing the Corporate Veil in American and German Law – Liability of Individuals and Entities: A Comparative View“, *Tulsa Journal of Comparative and International Law*, Vol. 2, 1995, стр. 190-191.

¹²⁹ Видети из наслова дела: J. Mühlens, *Der sogenannte Haftungsdurchgriff im deutschen und englischen Recht: Unterkapitalisierung und Vermögensentzug*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2006.

¹³⁰ Закон о gosporadskih družbah (*Uradni list SR*, št. 65/2009), čl. 8.

¹³¹ Видети: J. Marin, „Proboj pravne osobnosti u pomorskom pravu“, *Poredbeno pomorsko pravo*, Vol. 40, br. 155/2001, стр. 83-115; N. Žunić Kovačević, „Institut zakonskog poreznog jamstva nakon novele

института пробијања правне личности изричито не дефинише.¹³² Слична је ситуација и са македонским законодавством.¹³³ С друге стране, у Црној Гори се користи термин „злоупотреба својства правног лица“,¹³⁴ док у Републици Српској израз „злоупотреба правног лица“.¹³⁵

Уколико се осврнемо на историју нашег законодавства можемо утврдити да и код нас није одувек постојала уједначена терминологија. Првобитно су коришћени термини „привид привредног идентитета“¹³⁶ и „злоупотреба правног субјективитета“.¹³⁷ Међутим, доцније је у домаћој правној теорији постао укореењен израз „пробијање правне личности“,¹³⁸ а ову терминологију прихватила и наша позитивна привредноправна регулатива.¹³⁹ Управо се овим изразом некако најпотпуније објашњава сложена садржина правног института који, на захтев поверилаца привредног друштва, превасходно тежи утврђивању постојања злоупотребе концепта ограничене одговорности као општем разлогу, а када злоупотреба буде утврђена, чланови (оснивачи, власници) привредног друштва бивају обавезани да наведеним повериоцима измире потраживања која они претходно нису могли наплатити од привредног друштва. Из описане садржине посматраног правног института видљиво је да се термином „злоупотреба правног лица“ указује само на општи разлог због којег предметни институт заправо постоји, док се појмом „пробијање правне личности“ продире у саму његову суштину. Отуда је израз „пробијање правне личности“, иако преузет из америчког права, оправдано постао устаљен у нашој литератури и позитивној регулативи, јер се њиме целовито осликава сложена садржина наведеног правног института.

općeg poreznog zakona 2012.: „Proboj pravne osobnosti“ trgovačkih društava u slučaju zloporabe prava“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, Vol. 34, br. 2/2013, стр. 635-670.

¹³² Закон о трговачким друштвима (*Narodne novine RH*, br. 111/93, 34/99, 121/99, 52/00, 118/03, 107/07, 146/08, 137/09, 125/11, 152/11, 111/12, 68/13, 110/15), čl. 10 st. 3.

¹³³ Закон за трговските друштва (*Сл. весник на Република Македонија*, бр. 28/04, 84/05, 25/07), чл. 28.

¹³⁴ Закон о привредним друштвима (*Сл. лист РЦГ*, бр. 6/2002, *Сл. лист ЦГ*, бр. 17/2007, 80/2008, 40/2010 – др. закон, 36/2011 и 40/2011), чл. 4.

¹³⁵ Закон о привредним друштвима (*Сл. лист РС*, бр. 127/2008, бр. 58/09, 100/11 и 67/13), чл. 15.

¹³⁶ Закон о изменама и допунама Закона о предузећима (*Сл. лист СФРЈ*, бр. 40/89), чл. 140а.

¹³⁷ Закон о привредним друштвима (*Сл. гласник РС*“, бр. 125/04; даље у фуснотама: ЗОПД (2004), чл. 15.

¹³⁸ М. Васиљевић (2011), стр. 68; М. Васиљевић (1995), стр. 17-27; М. Мићовић, *Привредно право*, Крагујевац, 2012, стр. 44.

¹³⁹ ЗОПД (2011), чл. 18.

3.4. Подела уобичајених облика пробијања правне личности

Разноврсност у његовој примени временом је допринела разликовању више класификација института пробијања правне личности, вршених по различитим критеријумима. Једна од подела која се сусреће у упоредном праву јесте према начину вршења пробијања правне личности. По овом критеријуму врши се разврставање на директно и индиректно пробијање правне личности.¹⁴⁰ Наведена подела се од стране неких аутора дефинише и као право (изворно) и неправо (лажно) пробијање правне личности.¹⁴¹ Иначе, под директним пробијањем подразумева се класичан вид пробијања правне личности због злоупотребе концепта ограничене одговорности, услед које наступа неограничена одговорност чланова за обавезе друштва. Индиректно пробијање настаје у ситуацијама када се одговорност члана друштва успоставља независно од занемаривања концепта ограничене одговорности. Тако би се под индиректним пробијањем могли подвести случајеви одговорности чланова друштва по основу јемства или приступања дуговима друштва. Под овом врстом пробијања може се сматрати и концепција успостављања неограничене одговорности тзв. фактичких директора за обавезе друштва, иначе утемељена у француском праву. Тада долази до пробијања правне личности све до фактичког директора, који у суштини може бити како члан друштва тако и лице изван друштва. Одлучујућа чињеница је да он својим неформалним утицајем контролише и управља друштвом посредством фиктивних директора.

У упоредноправној литератури постоји и подела учињена по угледу на смер у ком се пробијање врши. То је подела на класично и обрнуто пробијање правне личности. Класично пробијање одвија се у смеру утврђивања одговорности члана друштва за обавезе друштва. Код обрнутог пробијања (енгл. *reverse piercing*), долази до успостављања одговорности привредног друштва због неизмирених обавеза члана према трећим лицима.¹⁴² При помену обрнутог пробијања, на први поглед настаје недоумица да ли се уопште може говорити о

¹⁴⁰ К. Vanderkerchove (2006), стр. 11.

¹⁴¹ R. Brnabić (2010), стр. 15-16.

¹⁴² M. J. Gaertner, „Reverse Piercing the Corporate Veil: Should Corporation Owners Have It Both Ways?“, *William & Mary Law Review*, Vol. 30, 1989, стр. 667.

врсти пробијања правне личности. Међутим, ако се узме у обзир да члан друштва у савременом компанијском праву може бити и привредно друштво, тада ствар постаје донекле јаснија. Примера ради, у зависним друштвима дешава се често да матично друштво остварује одлучујући утицај у зависном друштву путем капитал учешћа. Притом, матично друштво, ради изигравања свог повериоца злоупотреби сопствене циљеве постојања и пренесе одређени капитал у зависно друштво. Уколико у таквој ситуацији изиграни поверилац захтева непосредно од зависног друштва да му измири дугове матичног друштва као свог члана, због чињенице да је његов члан злоупотребио сопствени концепт ограничене одговорности, тада би се могло говорити о обрнутом пробијању правне личности. Из описаног примера могуће је закључити и да се обрнуто пробијање најчешће јавља код повезаних привредних друштава.¹⁴³ Оно је типично за англо-америчко право, које овај вид пробијања оправдава у ситуацијама када зависно и матично друштво функционишу као тзв. „јединствена економска заједница“ (енгл. *single business enterprise entity*),¹⁴⁴ где се зависно друштво чини само „пуко средство“ (енгл. *mere instrumentality*),¹⁴⁵ за остваривање интереса матичног друштва.

Следећа подела, устаљена у упоредноправној теорији, јесте на невољно и вољно пробијање.¹⁴⁶ Наиме, у већини случајева до пробијања правне личности долази независно од воље његовог члана, јер је логично да намера злоупотребе концепта ограничене одговорности остане скривена. Дешава се, међутим, да поједини повериоци, снагом свог статуса и утицаја, као услов ступања у облигациони однос са друштвом обезбеде гаранције да ће члан или више њих солидарно одговорати личном имовином у случају неиспуњења обавезе од стране привредног друштва.¹⁴⁷ Тада је, по речима појединих правних писаца, реч о

¹⁴³ *Ibidem*.

¹⁴⁴ A. Berle, „The Theory of Enterprise Entity“, *Columbia Law Review*, Vol. 47, No. 3/1947, стр. 343-344. У енглеском праву наведени појам објашњава се термином „*single economic unit*“. О томе видети: В. Pettet, *op. cit.*, стр. 26, упућује на закључак из пресуде *Adams v. Cape Industries plc.*, [1990] 2 WLR, стр. 657-786.

¹⁴⁵ A. Berle, *op. cit.*, 348.

¹⁴⁶ Т. К. Cheng, „The Corporate Veil Doctrine Revisited: A Comparative Study of The English And The U.S. Corporative Veil Doctrines“, *Boston College International and Comparative Law Review*, Vol. 34, 2011, стр. 393-393 и 407-410; N. L. Georgakopoulos, „Bankruptcy Veil-piercing: Bypassing Broken Nodes?“, 2010, стр. 13-14, доступно на: <http://ssrn.com/abstract=1639786> (сајт посећен 23. септембра 2016. године).

¹⁴⁷ F. Tolmie, *Introduction to corporate and personal insolvency law*, London, Sweet & Maxwell, 1998, стр. 24.

вољном пробијању правне личности. Међутим, посматрањем наведеног појма са аспекта домаћег права, овако дефинисано вољно пробијање би се могло подвести под јемство, које представља традиционални институт облигационог права.

С обзиром на критеријум да ли до пробијања правне личности долази на основу закона или судских прецедената, у упоредном праву се помиње подела на пробијање правне личности према законским прописима (енгл. *legal piercing*) и судским одлукама (енгл. *judicial piercing*). Значај ове поделе је превасходно теоријскоправни, јер доприноси класификовању разлога за пробијање.¹⁴⁸ Но, из ње је могуће закључити да се сви разлози пробијања не могу предвидети прописима, већ се у доста случајева разлози за пробијање проналазе кроз довитљиву и стручну примену права од стране судија.

Уз напред речено, нужно је назначити, а и можда издвојити од осталих, поделу на пробијање правне личности изван стечаја и у стечајном поступку. Очигледно је да се ова подела врши по критеријуму да ли је према привредном друштву отворен стечајни поступак или не. Специфичност последица стечаја узрокује потребу за применом посебних правила о пробијању правне личности након отварања стечајног поступка према привредном друштву. Имајући у виду да стечајно право све више постаје утицајан елемент привредног развоја земаља заснованих на тржишном систему привређивања, то ова подела нарочито добија на значају.

4. Пробијање правне личности и начело савесности и поштења

Привредно друштво, осим у случајевима једночланих друштава, почива на уговорној основи. Сагласност воља оснивача чини темељ на коме се изграђује правна личност, која се постиже у циљу остваривања заједничког интереса чланова (оснивача). Иако по свом настанку чини одређену институционалну творевину, привредно друштво одликује испреплетаност бројних облигационих односа са својим члановима. У тим односима, приликом остваривања права и обавеза, поједини чланови са значајним учешћем у капиталу друштва или они

¹⁴⁸ Више о наведеној подели у енглеском праву видети: Pennington, *op. cit.*, стр. 43-44; о истој подели у белгијском праву видети: К. Vanderkerchove (2006), *op. cit.*, стр. 24-25.

који у њему остварују контролни утицај, имају одређене посебне обавезе према друштву.¹⁴⁹ Ове обавезе су у српском праву утврђене законом.¹⁵⁰ Но, независно од учешћа у капиталу друштва, сви чланови друштва имају обавезу да се у поступању према друштву управљају начелом савесности и поштења.¹⁵¹

Начело савесности и поштења, уз аутономију воље, представља полазно правило облигационог права. Његова садржина није унапред одређена, већ је потребно од случаја до случаја доносити суд вредности шта се под овим начелом може подвести. Овако добијен суд вредности не представља субјективну оцену оног ко пресуђује. Критеријуми увек морају бити усмерени на општеприхваћене захтеве правичности, на правну свест и мерила читавог круга учесника односа исте врсте.¹⁵² На тај начин се „начело савесности и поштења супротставља начелу аутономије воље у смислу неопходности борбе супротности, а тиме и равнотеже, између егоистичког у праву, с једне, и етичког и социјалног...“¹⁵³ с друге стране. Проналажење равнотеже између поменутих супротности очевидно је у одређењу да су „стране у облигационим односима слободне, у границама принудних прописа, јавног поретка и добрих обичаја“.¹⁵⁴ Дакле, аутономија воље није безгранична, већ је омеђена потребом прилагођавања „духу“ целокупног правног система али и моралним (етичким) вредностима одређеног колективитета. Путем начела савесности и поштења спречава се да слобода изјава воље уговорних страна не прерасте у анархију.

Потреба за употребом начела савесности и поштења је неупитна и у праву привредних друштава. Ово начело представља нужан коректив односа, нарочито чланова друштва према самом друштву. Његовом применом доприноси се остваривању заједничких циљева због којих је друштво основано. Сваки члан друштва је у обавези да према друштву поступа савесно и поштено, у најбољем

¹⁴⁹ ЗОПД (2011), чл. 61 ст. 1 тач. 1, 2 и 3.

¹⁵⁰ ЗОПД (2011), чл. 63-76.

¹⁵¹ Начело савесности и поштења води порекло од римског начела „bona fides“. О развоју овог начела од римског до савременог грађанског права, видети: В. Вулетић, „Од bona fides до начела савесности и поштења“, *Анали Правног факултета у Београду*, 1/2010, стр. 258-287.

¹⁵² С. Перовић (ур.) (1995), стр. 13.

¹⁵³ О. Антић, „Морал (етика) у грађанском праву“, *Зборник радова „Хармонизација грађанског права у региону“*, Београд, 2013, стр. 4.

¹⁵⁴ ЗОО, чл. 10.

интересу друштва. Обавеза лојалности према друштву искључује сваки степен толеранције према злоупотреби права. Тако се лако

може наслутити да се институт пробијања правне личности, који сузбија сваку намеру злоупотребе концепта ограничене одговорности, дубоко ослања на начело савесности и поштења.

Описани обриси ослањања института пробијања правне личности на начело савесности и поштења постају јаснији уколико се ово начело додатно конкретизује. У том смислу, нужно је нагласити да су у облигационом праву у примени и одређена специфична начела, која „деривирају из начела савесности и поштења“.¹⁵⁵ Једно од ових „ужих“ принципа, које надограђује темељно начело савесности и поштења, а свакако је од нарочитог значаја за постојање и примену института пробијања правне личности, јесте начело забране злоупотребе права. С обзиром да се институт пробијања правне личности у основи заснива на злоупотреби концепта ограничене одговорности, начело забране злоупотребе права представља један од основних принципа његове примене. Поред начела забране злоупотребе права, од значаја за примену института пробијања су и начела забране проузроковања штете, пружања пажње у извршавању обавеза и остваривању права, поштовања добрих пословних обичаја и поступања правних лица у складу са општим актима.¹⁵⁶ Угрожавање ма ког од поменутих принципа од стране члана друштва у односима према привредном друштву, може представљати довољан разлог за употребу института пробијања. Свакако, оправданост пробијања зависна је и од степена повреде поменутих „ужих“ начела савесности и поштења.

У случајевима када привредно друштво активно послује и уредно обавља своју делатност, није једноставно наслутити одступање од савесног и поштеног поступања чланова према друштву. Основаност сумње да према привредном друштву није поступано савесно и поштено од стране чланова друштва, најбоље се разоткрива у случају отварања стечајног поступка према друштву. Разлози који воде изнетом закључку су бројни. Првенствено, сама чињеница да је привредно друштво постало презадужено или неспособно за плаћање својих обавеза,

¹⁵⁵ О. Антић, *op. cit.*, стр. 15.

¹⁵⁶ ЗОО, чл. 15, 18, 21 и 22.

представља индицију да чланови друштва, који углавном доносе кључне одлуке о управљању друштвом, нису поступали савесно. Ова почетна индиција је лакше проверљива након отварања стечајног поступка према друштву, с обзиром да су тада сви подаци о узроцима проблема у пословању стечајног дужника и евентуалним злоупотребама, доступни повериоцима друштва. Интерес поверилаца за пробијањем правне личности по отварању стечајног поступка према друштву је сигурно израженији него у време његовог редовног пословања, јер тада постаје евидентно да поверилац најчешће неће моћи у целости наплатити своје потраживање од самог друштва. Самим тим, осетнија је и тежња за довођењем у везу поступања органа управљања, као и чланова друштва са начелом савесности и поштења.

Отуда је примена начела савесности и поштења у тесној спрези са пробијањем правне личности, нарочито у стечајном поступку. Јер врло често бива да у привређивању „...услед свог рђавог делања а гдекада и из зле намере да оштете повериоце“¹⁵⁷ привредна друштва „...долазе у стадијум таквог стања, да се из њихове целокупне имовине не могу наплатити сви повериоци са својим тражбинама.“¹⁵⁸ У таквим ситуацијама домашај начела савесности и поштења је изузетно значајан, нарочито уколико се одређено понашање може подвести под злоупотребу права, или какав други „ужи“ правни принцип који из начела савесности и поштења произлази. Међутим, чак и када се неваљаности у пословању не могу подвести под конкретан вид злоупотребе права, интереси „правичности“ односно „отклањања неправде“ (енгл. *injustice*)¹⁵⁹ могу бити довољан разлог за пробијање правне личности. Због чињенице да је немогућност измирења обавеза према повериоцима код привредног друштва у стечају најчешће узрокована озбиљним проблемима у пословању, идеја заштите „праведног,

¹⁵⁷ В. Митровић, *Стечајно право, с нарочитим освртом на српско законодавство*, Београд, 1926, стр. 1.

¹⁵⁸ *Ibidem*.

¹⁵⁹ М. Васиљевић (2011), стр. 73. Иначе, интересантно је поменути да и по становишту Европског суда за људска права, израженом у предмету *Barcelona Traction, Light & Power Co. Ltd. (Belgium v. Spain, 1970)* ICJ Reports 1970, пробијање правне личности може бити оправдано када концепт ограничене одговорности води „парадоксу, аномалијама и неправичности“. То значи да и Европски суд за људска права прихвата разлог „правичности“ као један од водећих у примени института пробијања правне личности. О томе: М. Emberland, „The Corporate Veil in the Case Law of the European Court of Human Rights“, *Heidelberg Journal of International Law*, Vol. 63, 2003, стр. 969.

правичног и моралног“, најчешће се доводи у везу са применом начела савесности и поштења у стечајном поступку. С обзиром да се интереси „правичности“ цене према према личном осећају, то је нужно у сваком случају водити се начелом савесности и поштења, заснованом на рационалној снази природног права. Отуда је веза између примене института пробијања правне личности у стечајном поступку и начела савесности и поштења, посматраног како у ширем тако и ужем смислу, очигледно нераскидива.

5. Неухватљивост правне природе пробијања правне личности

Ради разумевања суштине постојања института пробијања правне личности, самим тим и места које заузима у правном систему, нужно је одгонетнути његову правну природу. С обзиром да корени овог института почивају на деловању судске праксе, у правној теорији, нарочито англо-америчкој, говори се да је правна природа овог института „неухватљива“.¹⁶⁰ Овакве тврдње настају уз образложење да је примена института пробијања претежно зависна од судијске процене постојања потребе за његовом применом. Тако се могу десити ситуације да се у сличним ситуацијама неједнако поступа, што никако не иде у прилог правној сигурности.

Не може се негирати да у англо-америчкој литератури није било покушаја појашњења правне природе института пробијања. Ипак, ова настојања нису резултирала коначним уобличавањем његове правне природе, већ само откривањем појединих његових својстава. Тако је од стране оних правних писаца, који привредно друштво виде као „привилегију дату од стране државе“,¹⁶¹ пробијање правне личности посматрано као „злоупотреба тих привилегија“.¹⁶² Присталице уговорне теорије, које привредно друштво посматрају као уговорни однос између оснивача,¹⁶³ институт пробијања посматрају као „коректив“ или

¹⁶⁰ S. B. Presser, *op. cit.*, стр. 12.

¹⁶¹ L. D. Solomon, K. J. Collins, „Humanistic Economics: A New Model for the Corporate Social Responsibility Debate, *Journal of Corporation Law*, Vol. 12, 1987, стр. 332-337.

¹⁶² S. B. Presser, *op. cit.*, стр. 13.

¹⁶³ L. E. Ribstein, „Limited Liability and Theories of the Corporation“, *Maryland Law Review*, Vol. 50, 1991, стр. 83

„правни лек“ (енгл. *remedy*)¹⁶⁴ за којим постоји потреба када се изигра кауза уговора. Но, без обзира на разлике да ли се привредно друштво посматра као привилегија државе или уговорна творевина, општи закључак већине правних писаца јесте да институт пробијања правне личности треба остати „изузетак“ у односу на правило о ограниченој одговорности друштва капитала.¹⁶⁵

Иако исправан, наведени приступ, због своје општости, не објашњава јасно правну природу пробијања правне личности. Рећи да пробијање представља „изузетак“ у односу на концепт ограничене одговорности, не значи и да се тиме довољно указује на правну природу института пробијања. Зато је нужно ићи корак даље. На том путу првенствено ваља поћи од тврдње да пробијање правне личности представља право повериоца да, у случају злоупотребе правила ограничене одговорности, обавезе члана друштва да му у целости исплати основано и доспело потраживање према привредном друштву. Из описане полазне поставке видљиво је да је примена института пробијања условљена одређеним претпоставкама. Прву претпоставку за примену института пробијања правне личности представља постојање облигационог односа између повериоца и привредног друштва, у својству дужника. Овај облигациони однос може бити уговорни и неугворни. Поред тога, неопходно је да поверилац своје потраживање не може наплатити од самог привредног друштва. Следећа претпоставка је да члан друштва злоупотреби правило о ограниченој одговорности чланова. И последња претпоставка за примену института пробијања јесте да је поверилац свој захтев за наплату потраживања од друштва определио према члану друштва.

Из изнетих претпоставки произлази да је примена института пробијања примарно зависна од постојања облигационог односа између повериоца и привредног друштва. Свака облигација подразумева постојање права повериоца и обавезе дужника на одређену престацију (давање, чињење, нечињење или

¹⁶⁴ J. Macey, J. Mitts, „Finding Order in the Morass: The Three Real Justifications for Piercing the Corporate Veil“, стр. 101-103; C. Murdock, „Limited Liability Companies in the Decade of the 1990's. Legislative and Case Law Developments and Their Implications for the Future“, *The Business Lawyer*, Vol. 56, 2001, стр. 509; P. B. Oh, „Veil-Piercing Unbound“, *Boston University Law Review*, Vol. 93, 2013, стр. 89.

¹⁶⁵ R. Hamilton, *The Law of Corporations*, West Publishing Co., Minnesota, 1991, стр. 82; J. H. Farrar, *op. cit.*, стр. 24.

трпљење).¹⁶⁶ Право повериоца може бити примарно и секундарно.¹⁶⁷ Примарно право повериоца је да захтева од дужника одређену престацију, док је секундарно, право на накнаду штете у случају неиспуњења примарног. Овакав распоред права карактеристичан је за уговоре, као најчешће изворе облигационог права. У неуговорном односу постојано је право на накнаду штете, као главно повериочево право. Међутим, уз главно право, повериоцима су, како у уговорним тако и неуговорним односима, доступна и одређена споредна, узгредна права. Од узгредних права, за утврђивање правне природе института пробијања од посебне су важности тзв. „повериочева допунска права“ (енгл. *creditor supplemental rights*).¹⁶⁸ Ова допунска права у суштини служе задовољењу главног повериочевог потраживања. Као таква, она деле судбину главног потраживања. Иначе, српска правна теорија познаје три облика допунских повериочевих права: у први облик допунских права повериоца сврстана су она која служе отклањању препрека за задовољење примарних циљева повериоца, други облик чине она права путем којих поверилац штити своје изгледе за намирење потраживања и у трећи облик се сврставају права којима повериоци проширују своје изгледе за намирење потраживања.¹⁶⁹

Применом института пробијања правне личности се не чини ништа друго до што се повериоцу, у облигационом односу са привредним друштвом, проширују изгледи да своје потраживање наплати. Отуда се из угла повериоца може рећи да пробијање правне личности спада у ред тзв. допунских повериочевих права,¹⁷⁰ чија је примена зависна од постојања злоупотребе правила о ограниченој одговорности, односно, у ширем смислу посматрано, од повреде начела савесности и поштења.

Међутим, треба поменути да пробијањем правне личности поверилац наплаћује потраживање од привредног друштва непосредно из имовине члана друштва, који стоји изван облигационог односа повериоца и привредног друштва.

¹⁶⁶ С. Перовић, *Облигационо право*, Београд, 1986, стр. 16-17.

¹⁶⁷ О. Антић, „Облигација: правна природа, садржина и закон корелације“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1/2007, стр. 15.

¹⁶⁸ V. Radović, N. Tešić, „On Creditor’s Supplemental Rights“, *Annals FLB – Belgrade Law Review*, No. 3/2015, стр. 145.

¹⁶⁹ V. Radović, N. Tešić, *op. cit.*, стр. 169.

¹⁷⁰ V. Radović, N. Tešić, *op. cit.*, стр. 166-167.

Стога, посматрано из угла члана друштва, није могуће говорити о постојању обавезе члана друштва која извире из облигације у којој је он непосредно учествовао. Према њему институт пробијања правне личности представља санкцију, у виду „одговорности“¹⁷¹ због злоупотребе концепта о ограниченој одговорности за обавезе друштва. Ова одговорност члана је спољашња, а не унутрашња, попут одговорности члана према самом друштву. Код пробијања правне личности настаје одговорност члана за туђу, а не за властиту обавезу.¹⁷² Отуда обавеза члана друштва на измирење потраживања повериоца насталог према друштву не настаје из облигације, већ представља законску обавезу. Притом, одговорност члана друштва у случају пробијања правне личности је акцесорна, јер престаје у случају када престане да постоји обавеза друштва. С обзиром да члан друштва одговара за обавезу друштва, садржина и обим испуњење од стране члана не може превазићи обавезу друштва. Но, и поред ових карактеристика одговорности члана друштва, његова одговорност је примарна а не супсидијарна. То значи да за примену института пробијања правне личности не представља предуслов нужност доказивања да само привредно друштво није у могућности да своју обавезу изврши. Јер се код пробијања правне личности не ради о одговорности за накнаду штете, него о законској одговорности члана друштва за злоупотребу правила о ограниченој одговорности за обавезе друштва. Стога, пробијати правну личност може сваки поверилац, а не само онај коме друштво не може измирити обавезу. Довољно је да повериоцу потраживање није измирено.¹⁷³

Изнета својства указују да пробијање правне личности представља сложен правни институт који има специфичну правну природу. Може се слободно рећи да је у односу на друге познате правне установе у српском државно-правном поретку, институт пробијања потпуно самосталан. Отуда је са извесном дозом сигурности могуће закључити да пробијање правне личности по својој правној природи представља *sui generis* правну установу, која, посматрано из угла повериоца, представља његово „допунско право“ путем којег поверилац проширује своје изгледе за намирење потраживања, у случају постојања

¹⁷¹ J. Barbić (2005), стр. 24.

¹⁷² *Ibidem*.

¹⁷³ J. Barbić, *op. cit.*, стр. 23.

злоупотребе правила о ограниченој одговорности од стране члана друштва. С друге стране, за члана овај институт представља законом установљену, спољашњу, акцесорну али примарну „одговорност“ због злоупотребе концепта о ограниченој одговорности.

Глава II

УЧЕЊА О ПРОБИЈАЊУ ПРАВНЕ ЛИЧНОСТИ

1. Учења о пробијању правне личности у упоредном праву

Учесталија прекогранична сарадња привредних друштава нужно доприноси уједначавању правног оквира различитих држава. Зато развој права често бива праћен потребом за „пресађивањем“ одређених правних правила из једног у други државно-правни поредак. Таквим чињењем настају правни транспланти.¹⁷⁴ Под њима се не подразумева просто преписивање правне норме из другог правног система. Позајмљени правни институт нужно је уподобити духу, не само правног система, већ и читавој целини друштвених норми.

Типичан правни трансплант у српском праву привредних друштава јесте институт пробијања правне личности. Преузет је из англо-америчког права. Поредећи српски правни систем са англо-америчким, видљиво је да су разлике бројне. То, међутим, не значи да институт пробијања правне личности нашем правном систему није неопходан, нити да у њему не може заживети. Напротив. Нужно је само дубоко проникнути у његову правну природу и прилагодити га традицији и духу нашег државно-правног поретка. У том подухвату незаобилазан је упоредноправни методолошки приступ изучавању института пробијања. Што се више будемо приближили његовим коренима и правној регулативи држава у којима се овај правни институт увелико примењује, то ће његово прилагођавање нашем праву бити делотворније. Отуда, нарочиту пажњу треба посветити упоредноправној анализи учења о пробијању правне личности.

1.1. Пробиање правне личности у америчком праву

Америчко право негује дугу традицију примене института пробијања правне личности. У односу на правило о ограниченој одговорности, он се третира као изузетак. Постојање потребе за применом овог изузетка претежно је препуштено оцени суда. Критеријуми за његову примену у судској пракси нису

¹⁷⁴ А. Вотсон, *Правни транспланти*, Београд, 2000, стр. 58.

уједначени, па приступ пробијању међу судовима није униформан. Разлике постоје због интерлокалне колизије и дисхармоније између права држава (енгл. *State Law*) и федералног права (енгл. *Federal Law*). Отуда је трагање за одговором на питање у којим случајевима ће институт пробијања правне личности бити примењен, допринело настанку различитих теорија о пробијању, насталих како од стране правних писаца, тако и у примени права. Доктринарни приступи су различити. Протежу се од начелних ставова о пробијању правне личности до покушаја да се разлози пробијања детаљно уобличе. У сваком случају, они воде истом циљу, установљавању личне одговорности члана за обавезе привредног друштва.

У основи, амерички правни писци праве разлику између неколико доктринарних приступа пробијању правне личности. То су теорија ентитета (енгл. *entity theory*), *alter ego* теорија, теорија „помоћног средства“ (енгл. *instrumentality*) и теорија „агента“ (енгл. *agency*). Без обзира на различите формулације, ове теорије су у основи истоветне.¹⁷⁵ Полазна претпоставка теорије ентитета јесте да привредно друштво поседује самосталан правни субјективитет. Тек у случају када привредно друштво, попут агента, служи задовољењу интереса власника или другог привредног субјекта, сви ће бити третирали као један ентитет у погледу одговорности за обавезе друштва.¹⁷⁶ Управо због изнетих разлога, на теорију ентитета се надовезује савремени приступ третирања два или више привредних друштава као „јединствене економске заједнице“ (енгл. *single business enterprise*).¹⁷⁷

¹⁷⁵ S. B. Presser, *op. cit.*, стр. 73; K. Vanderkerchove (2006), стр. 61.

¹⁷⁶ H. Ballantine, „Separate Entity of Parent and Subsidiary Corporation“, *California Law Review*, Vol. 14, 1925, стр. 18; A. Berle, *op. cit.*, стр. 343-348; J. Matheson, „The Modern Law of Corporate Groups: An Empirical Study of Piercing the Corporate Veil in the Parent-Subsidiary Context“, *North Carolina Law Review*, Vol. 87, 2009, стр. 1098.

¹⁷⁷ У овом контексту термин „*single business enterprise*“ служи правдању постојања потребе за пробијањем правне личности. Понекад се жаргонски дефинише као „растварач за растварање концепта ограничене одговорности“ (енгл. „*solvent for dissolving limited liability*“). Видети: *Bennet v. Winn Dixie Supermarkets, Inc. 2003*, WL 245865 (Mich. Ct. App. 2003). Мада се у америчкој литератури овај појам користи и у контексту ангажовања два правна ентитета у оквиру тзв. *joint venture*. *Joint venture* се у српском праву дефинише као „заједнички подухват“, који претпоставља удруживање два или више лица у неком пословном подухвату у области производње, трговине или услуга са намером стварања заједничке добити и поделе заједничког ризика. Више о *joint venture* видети: Љ. Дабић, *Заједничка улагања у Југославији – упоредноправна анализа законодавства социјалистичких земаља*, монографија бр. 121, Београд, 1988, стр. 25-26.

Alter ego теорија, теорија „помоћног средства“ и теорија „агента“ су у америчком праву толико уједначене да их ни у појмовном смислу није потребно одвајати. Још од чувеног случаја *Berkey v. Third Ave. Railway Co* (1926), ови теоријски приступи постају неизоставни при оцени оправданости примене института пробијања. Објашњење ових теоријских размишљања најбоље се може сагледати кроз посматрање односа повезаних друштава. У таквом односу пробијање се оправдава када зависно друштво представља „чисту фасаду“ (енгл. *mere facade*), маску (енгл. *dummy*) или псеудоним (енгл. *alias*) матичном друштву.¹⁷⁸ Друкчије речено, о статусу *alter ego* се говори када „постоји такво јединство интереса и власништва да одвојеност субјективитета и власништва престају да постоје“.¹⁷⁹ Поред ових уопштених дефиниција уочљиви су и покушаји њиховог детаљнијег појашњења. По извршеној анализи више водећих „судских прецедената“¹⁸⁰ и становишта одређених правних теоретичара¹⁸¹ могуће је сумирати одређене показатеље за посматрање зависног друштва као „простог

¹⁷⁸ R. B. Thompson, *op. cit.*, стр. 1036-1038. Под одлучујућим утицајем америчког права, сличан приступ заступљен је и у праву Аустралије. О томе: H. Anderson, „Piercing the Veil on Corporate Groups in Australia: The Case for Reform“, *Melburne University Law Review*, 2009, стр. 354.

¹⁷⁹ S. B. Presser, *op. cit.*, стр. 131, упућује на: *Dietel v. Day*, 16 Ariz. App. 206, 492 P. 2d 455, 457 (Div. 2 1972).

¹⁸⁰ *Jakson v. General Elec. Co.* 514 P. 2d 1170, 1172-1173 (Alaska 1973), *McKibben v. Mohawk Oil Co., Ltd.*, 667P.2d 1223, 1230 (Alaska 1983); *Deutsche Credit Corp. V. Case Power & Equipment Co.*, 179 Ariz. 155, 876 P.2d, 1190, 1195-1196, 24 U.C.C. Rep. Serv. 2d 652 (Ct. App. Div. 1 1994); *Miller v. Tony and Susan Alamo Foundation*, 924 F.2d. 143, 145-146 (8th Cir. 1991); *Associated Vendors, Inc. v. Oakland Meat Co.*, 210 Cal. App. 2d 825, 26 Cal. Rptr. 806, 813 (1st Dist. 1962); *U.S. v. Van Diviner*, 822 F.2d 960 (10th Cir. 1987); *Dania Jai-Alai Palace, Inc. v. Sykes*, 425 So. 2d 594, 599 (Fla. Dist. Ct. App. 4th Dist. 1982); *Secon Service System, Inc. v. St. Joseph Bank and Trust Co.*, 855 F.2d 406, 414 (7th Cir. 1988); *Amoco Chemicals Corp. v. Bach*, 222 Kan. 589, 594, 567 P.2d 1337, 1341-1342 (1977); *Service Iron Foundry, Inc. v. M. A. Bell Co.*, 2 Kan. App. 2d 662, 588 P.2d 463, 473-474 26 U.C.C. Rep. Serv. 334 (1978); *Kvassay v. Murray*, 15 Kan. App. 2d 426, 808 P.2d 896, 905, 14 U.C.C. Rep. Serv. 2d 1093 (1991); *Kingsman Enterprises, Inc. v. Bakerfield Elec. Co., Inc.* 339 So. 2d 1280, 1284 (La. Ct. App. 1st Cir. 1976); *Maury Kusinitz Ins. Agency, Inc. v. Medical Devices of Fall River, Inc.*, 7 Mass. L. Rptr 205, 1997 WL 426970 (Mass. Super. Ct. 1997); *Victoria Elevator Co. Of Minneapolis v. Meriden Grain Co. Inc.*, 283 N.W. 2d 509, 512 (Minn. 1979); *Gammill v. Lincoln Life and Annuity Distributors, Inc.*, 200 F. Supp. 2d 632, 634-635 (S.D. Miss. 2001); *North Arlington Medical Building, Inc. v. Sanchez Construction Co.*, 86 Nev. 515, 522 n.8., 471 P.2d 240, 244 (1970); *Walkovszky v. Carlton*, 18 N.Y. 2d 414, 276, N.Y.S.2d 585, 223 N.E.2d 6, 8 (1966); *Glenn v. Wagner*, 313 N.C. 450, 329 S.E.2d 326,331 (1985); *Jablonsky v. Klemm*, 377 N.W. 2d 560, 563 (N.D. 1985); *Fraizer v. Bryan Memorial Hosp. Authority*, 1989 OK 73, 775 P.2d 281,188 (Okla. 1989); *Village at Camelback Property Owners Assn. Inc. v. Carr*, 371 Pa. Super. 452, 538 A.2d 528, 535 (1988); *Castleberry v. Branscum*, 721 S.W.2d 270, 272 (Tex. 1986); *U.S. v. Advance Mach. Co.*, 547 F. Supp. 1085, 1093 (D. Minn. 1982).

¹⁸¹ F. Powell, *op. cit.*, стр. 9, F. Bendremer, „Delaware LLCs and Corporate Veil Piercing: Limited Liability has its Limitations“, *Fordham Journal of Corporate & Financial Law*, Vol. 10, 2005, стр. 390; D. Millon, „Piercing the Corporate Veil, Financial Responsibility and the Limits of Limited Liability“, *Emory Law Journal*, Vol. 56, No. 5/2007, стр. 1330; C. L. Boyd, D. A. Hoffman, „Disputing Limited Liability“, *Northwestern University Law Review*, Vol. 104, No. 3/2010, стр. 864-876.

инструмента“ матичног друштва. У прву групу показатеља, која се може назвати „мешање имовине“, подразумевају се: доминантно власничко учешће матичног друштва у капиталу зависног друштва;¹⁸² представљање матичног друштва као значајног извора финансирања зависног друштва; коришћење имовине зависног друштва од стране матичног друштва као своје; изражена поткапитализација зависног друштва. Друга група показатеља се може обухватити појмом „мешање менаџмента“ и ту се уврштава: битно поклапање чланова органа управљања матичног и зависног друштва; непотпуна независност органа управљања зависног друштва у односу на матично друштво; одсуство независности у поступању запослених лица зависног у односу на матично друштво. Трећу групу показатеља чини „мешање пословања“, и у ову категорију се сврстава: непостојање одвојених пословних књига; непостојање јасне пословне политике, финансијски самосталне од матичног друштва, базиране на сопственим пословним циљевима; закључивање послова између зависног друштва са матичним, у циљу избегавања личне одговорности матичног друштва за обавезе према повериоцима; занемаривање правних формалности; коришћење зависног друштва за нелегалне пословне трансакције. Четврту групу показатеља могуће је назвати „мешање идентитета“, и у њу се убраја: представљање зависног друштва у пословању као испоставе, филијале у оквиру матичног друштва; сличност корпоративних обележја која изазива заблуду о идентитету матичног и зависног друштва; сличност пословног имена, делатности и власничке структуре.

При вредновању описаних показатеља и оцени постојања потребе за пробијањем правне личности, треба имати у виду да није довољно утврдити постојање једног показатеља како би пробијање у свакој ситуацији било оправдано, нити је с друге стране за његову примену нужно кумулативно испуњење свих описаних показатеља. Потребно је у сваком конкретном случају вредновати поменуте показатеље и ценити да ли они јасно упућују на закључак да зависно друштво чини „*alter ego*“ или „чисту фасаду“ за остваривање интереса матичног друштва. Некада један показатељ може бити довољан за квалификовање

¹⁸² J. Chopper, J. Coffee, R. Gilson, *Cases and Materials on Corporations*, Wolters Kluwer, New York, 2000, стр. 712; J. Matheson, „Why Courts Pierce: An Empirical Study of Piercing the Corporate Veil“, *Berkeley Business Law Journal*, Vol. 7, 2010, стр. 32-34.

зависног друштва као „инструмента“ матичном друштву, а некада и више показатеља, у мањој мери изражених, може допринети оцени да нису остварени услови за поменуто квалификовање зависног друштва.

Међутим, чак и утврђивање постојања јасних показатеља да зависно друштво представља „продужену руку“ за задовољење интереса матичног друштва, не чини довољан разлог за примену института пробијања правне личности. То што одређено привредно друштво представља „*alter ego*“ другог друштва не значи да ће нужно уследити пробијање правне личности. Уз чињеницу да привредно друштво представља „*alter ego*“ другог друштва, нужан елемент за пробијање правне личности у америчком праву је утврђивање постојања злоупотребе правила о ограниченој одговорности друштва. Злоупотреба (енгл. *abuse*) мора бити таква да примену института пробијања правне личности учини правичном. Отуда се често институт пробијања правне личности сматра правичним у случају када је концепт ограничене одговорности управљен да „порази јавни интерес, оправда неправду, заштити превару и одбрани преступ“.¹⁸³

По истом принципу приступа се пробијању правне личности и код привредних друштава која нису повезана, нарочито једночланих друштава.¹⁸⁴ Код једночланих привредних друштава, нарочито оних која су организована у форми друштва са ограниченом одговорношћу (енгл. *Limited Liability Company – LLC*), пробијање правне личности се актуелизује у случају утврђене злоупотребе права. Ипак, с обзиром на блискост односа члана и друштва са ограниченом одговорношћу, пуко непоштовање формалних правила о функционисању органа ове форме привредних друштава није довољан разлог за примену института пробијања.¹⁸⁵

Ради потпунијег сагледавања института пробијања правне личности у америчком праву, немогуће је заобићи закључке из чувених Томпсонових емпиријских истраживања о његовој примени. У првом истраживању професора

¹⁸³ *United States v. Milwaukee Refrigerator Transit Co.*, 142 F. 247, 255 (C.C.E.D. Wis. 1905). Слично и: E. Noonan, „To Pierce or Not to Pierce? When Is the Question. Developing a Federal Rule of Decision for Piercing the Corporate Veil Under CERCLA“, *Washington University Law Quarterly*, Vol. 68, 1990, стр. 739.

¹⁸⁴ B. F. Cataldo, „Limited Liability with One-Man Companies and Subsidiary Corporations“, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 18, 1953, 480-485.

¹⁸⁵ *U.S. Georgia Code* (2014) § 14-11-314.

Роберта Томпсона (енгл. *Robert B. Thompson*), обухваћено је 1583 случајева из судске праксе, поводом примене института пробијања правне личности, насталим у периоду до 1985. године.¹⁸⁶ По извршеној анализи спорова, Томпсон је дошао до закључка да је пробијање правне личности успешно извршено у 40,18% случајева.¹⁸⁷ До пробијања најчешће долази у једночланим привредним друштвима и повезаним правним лицима, док код акционарских друштава примена овог правног института није уочена.¹⁸⁸ Пробијање је присутније код утврђене повреде уговорне одговорности, у проценту од 41,08%, у односу пробијање по основу деликтне одговорности, у погледу којих је пробијање забележено у проценту од 30,97%.¹⁸⁹

Утврђени резултати нису битно промењени ни након додатног истраживања Роберта Томпсона, у коме је анализирано још око 2200 спорова поводом пробијања правне личности у периоду од 1986. до 1999. године.¹⁹⁰ Вредна је помена и емпиријска анализа примене института пробијања у америчком праву све до 2006. године, у оквиру које је закључено да је пробијање правне личности успешно извршено у 48,51% случајева.¹⁹¹

Независно о ком се емпиријском истраживању примене института пробијања у америчком праву говори, неспоран је закључак да до пробијања правне личности долази најчешће у случајевима када је привредно друштво

¹⁸⁶ R. B. Thompson, *op. cit.*, стр. 1048.

¹⁸⁷ *Ibidem.*

¹⁸⁸ J. Dammann, M. Schundler, „The Incorporation Choices of Privately Held Corporations“, *The Journal of Law, Economics & Organization*, Vol. 27, No. 1/2009, стр. 88-90; R. B. Thompson, *op. cit.*, стр. 1055. Према Томпсоновом истраживању, примера ради, код анализираних привредних друштава која се не сматрају повезаним лицима, пробијање је присутно у 43,13% случајева, док је код повезаних лица пробијање учестало у обиму од 37,21%. У оквиру утврђеног процента пробијања код привредних друштава која се не сматрају повезаним лицима (43,13%), учешће пробијања код једночланих друштава са ограниченом одговорношћу износи 49,64%, код друштава са два или три члана пробијање је присутно у обиму од 46,22%, а код друштава са ограниченом одговорношћу која броје више од три члана пробијање је утврђено у обиму од 34,98%.

¹⁸⁹ R. B. Thompson, *op. cit.*, стр. 1058. Ваља поменути да се у америчком праву истоветна пажња поклања како пробијању правне личности од стране поверилаца из уговорних односа, или тзв. „вољних поверилаца“ (енгл. *contract creditors*), тако и у односу на повериоце који своја потраживања темеље на основу неуговорне одговорности привредног друштва, тзв. „невољни“ повериоци (енгл. *tort creditors*). Интересантно је, статистике ради, поменути и да је проценат пробијања учесталији код федералних судова (енгл. *Federal Courts*) него код судова федералних држава (енгл. *State Courts*). Код федералних судова је забележено у 41,42% случајева, док код судова држава 39,34%.

¹⁹⁰ R. Thompson, „Piercing the Veil Within Corporate Groups: Corporate Shareholders as Mere Investors“, *Connecticut Journal of International Law*, 1999, стр. 385.

¹⁹¹ P. V. Oh, *op. cit.*, стр. 107.

инсолвентно.¹⁹² Због тога постоји тесна веза између института пробијања правне личности и стечаја привредног друштва. Ова повезаност је двојака. Првенствено, у случају отварања стечаја према привредном друштву није неопходно доказивати да друштво неће уредно извршавати своје обавезе. Притом, постојање злоупотребе правила о ограниченој одговорности знатно је једноставније утврдити. Примера ради, често постојана чињеница да је дошло до мешања имовина стечајног дужника и његовог члана, као и да код стечајног дужника постоји неуредно књиговодство, представљају веома изражене показатеље да је дошло до злоупотребе правила о ограниченој одговорности.¹⁹³ Свакако, изнету тврдњу не треба сматрати правилом, већ постојање поменутих чињеница чини знатно извеснијим успех у спору поводом пробијања правне личности. С друге стране, пробијање правне личности у америчком стечајном праву од нарочитог је значаја код стечаја повезаних друштава. То је посебно видљиво у случајевима „материјалног обједињавања“ (енгл. *substantive consolidation*), односно „поступка у коме долази до спајања имовина и обавеза различитих субјеката, који се за сврхе спровођења стечајног поступка третирају као један субјекат“.¹⁹⁴ Иако институт пробијања правне личности није могуће поистоветити са поступком материјалног обједињавања у стечајном праву,¹⁹⁵ одликује их тесна повезаност, јер до њихове примене долази у случају „када је дужник занемарио посебност тако значајно да повериоци посматрају различите корпорације као један правни ентитет“.¹⁹⁶ Уз то, порекло оба правна института потиче из америчке судске праксе,¹⁹⁷ па је при њиховој примени потребно бити нарочито обазрив и одмерен.

На крају, могуће је закључити да је институт пробијања правне личности у америчком праву постао уско повезан са стечајем привредних друштава

¹⁹² A. J. Hirsch, „The Problem of the Insolvent Heir“, *Cornell Law Review*, Vol. 74, 1989, стр. 587; R. Clark (1977), стр. 517 – 518.

¹⁹³ *Sea-Land Services, Inc. v. Pepper Source*, 941 F.2d 519, 521 (7th Cir. 1991); *Econ Marketing, Inc. v. Leisure American Resorts, Inc.*, 664 So. 2d 869 (Ala. 1994).

¹⁹⁴ В. Радовић, „Стечај повезаних друштава – основни проблеми и недоумице“, *Harmonius – Journal of Legal and Social Studies in South East Europe*, бр. 1/2014, стр. 289. Слично: Т. Graulich, „Substantive Consolidation – A Post-Modern Trend“, *American Bankruptcy Institute Law Review*, Vol. 14, 2006, стр. 526; D. G. Baird, „Substantive Consolidation Today“, *Boston College Law Review*, Vol. 47, 2005, стр. 8; J. S. Gilbert, „Substantive Consolidation in Bankruptcy: A Primer“, *Vanderbilt Law Review*, 1990, стр. 209.

¹⁹⁵ В. Радовић (2014), стр. 293.

¹⁹⁶ D. Baird, *op. cit.*, стр. 12.

¹⁹⁷ Т. Graulich, *op. cit.*, стр. 539. Аутор упућује да је о институту „материјалног обједињавања“ расправљано још у судском спору *Sampson v. Imperial Paper & Color Corp.*, 313 U.S. 215 (1941).

захваљујући судској пракси и правној доктрини. Општа је оцена, да овај институт, није на изричит начин уређен у америчком стечајном закону.¹⁹⁸ Одређени изузетак ипак постоји, мада, мора се признати, он није од пресудног значаја за развој института пробијања правне личности у стечајној легислативи. Поменути изузетак одређени амерички правници уочавају при тумачењу одредбе о овлашћеним подносиоцима предлога за отварање „невољног“ стечаја.¹⁹⁹ Наиме, у ситуацији када дужник има дванаест или више поверилаца, предлог за покретање „невољног“ стечаја могу поднети три или више „ентитета“ која имају потраживање према дужнику.²⁰⁰ Предмет пажње овде представља управо приступ појму „ентитета“ (енгл. *entity*). Тако је у спору *Sims v. Subway Equipment Leasing Corp.*,²⁰¹ суд пошао од закључка да амерички стечајни закон при дефинисању појма „ентитет“ подразумева „лице“ (енгл. *person*), а под појмом „лице“ сматра се, између осталих, и „компанија“.²⁰² Тако се може десити да три или више повезаних лица могу поднети предлог за покретање „невољног“ стечаја према стечајном дужнику. У таквој ситуацији, стечајни закон, нажалост, не дефинише под којим условима ће „одвојени правни ентитет повезаних привредних друштава као поверилаца бити занемарен“.²⁰³ Отуда је, у наведеном спору, суд стао на становиште да ће повезана привредна друштва бити посматрана као одвојени ентитети, осим у случају утврђене злоупотребе права.

Но, без обзира што институт пробијања није изричито регулисан у стечајном закону, то не умањује општи утисак о значајном доприносу америчког права за настанак и развој института пробијања правне личности. Нарочито ваља нагласити његов учинак у ширењу идеје о примени института пробијања у стечајном праву, како унутрашњем тако и међународном.

¹⁹⁸ S. B. Presser, *op. cit.*, стр. 1349. Законодавна активност у погледу регулисања института пробијања правне личности у америчком праву посвећена је пореском, радном и тзв. еколошком праву.

¹⁹⁹ 11 U.S.C. (*Bankruptcy code*), § 303.

²⁰⁰ 11 U.S.C. (*Bankruptcy code*), § 303 (b) (1).

²⁰¹ *Matter of Sims*, 994 F.2d 210 (5th Cir. 1993).

²⁰² S. B. Presser, *op. cit.*, стр. 1350.

²⁰³ *Ibidem*.

1.2. Пробијање правне личности у енглеском праву

Пробијање правне личности у енглеском праву се традиционално посматра као изузетак у односу на правило о ограниченој одговорности друштва за своје обавезе. Још од случаја *Salomon v. Salomon and Co. Ltd* (1897), учењу о пробијању правне личности се посвећује изузетна пажња. За разлику од америчког, у енглеском праву постоје и значајни примери законског регулисања овог правног института. Отуда се у правној литератури усталило разврставање правила о пробијању правне личности регулисаних законом (енгл. *legal piercing*) у односу на правила регулисаних у истакнутим примерима судске праксе (енгл. *judicial piercing*).²⁰⁴

1.2.1 Пробијање правне личности према енглеским прописима

У историји енглеског законодавства, први пример „законског“ пробијања правне личности односи се на случајеве умањења броја чланова испод законског минимума. Тако је у компанијској регулативи из 1985. године, било прописано да уколико компанија послује са мање од два члана у периоду дужем од шест месеци, за обавезе друштва солидарно ће одговарати његов једини преостали члан, уколико су обавезе настале у време када је он водио пословање компаније и уколико је био свестан да је он једини члан друштва.²⁰⁵ Међутим, усвајањем компанијског закона из 2006. године, омогућено је оснивање једночланих друштава,²⁰⁶ па је престала и практична потреба за постојањем ове законске одредбе.

Са институтом пробијања правне личности, тесно је повезана одредба компанијског закона из 2006. године (енгл. *Companies Act*), која прописује посебна правила о закључењу уговора друштва са јединим чланом друштва, а који је истовремено и директор тог друштва.²⁰⁷ Уговор закључен између друштва и

²⁰⁴ S. Goulding, *Company Law*, Cavendish Publishing Limited, London, 1999, стр. 66.

²⁰⁵ *Companies Act* (1985), Chapter 6, Section 24; слично решење, а у складу са тадашњим законским минимумом чланова друштва, садржао је: *Companies Act* (1948), II & 12 Ceo. 6. Chapter 38, Section 31.

²⁰⁶ *Companies Act* (2006), Chapter 46, Section 7.

²⁰⁷ *Companies Act* (2006), Section 231.

јединог његовог члана мора бити састављен у писаној форми, односно на писаном меморандуму или констатован на записнику са прве наредне седнице органа управе, одржане након закључења уговора. У супротном биће кривично одговоран. Иако се у случају непоступања по наведеним правилима не упућује на примену института пробијања правне личности, већ на кривичну одговорност, непостојање уговора сачињеног у једној од описаних форми, представља значајну индицију о могућој злоупотреби права. Изнета тврдња превасходно произлази из разлога што законодавац изричито упућује да се под појмом „директор“, подразумевају и „фактички директори“, односно тзв. „директори у сенци“ (енгл. *shadow directors*).

Посебност енглеског законодавства у погледу регулисања института пробијања правне личности огледа се у томе што су правила блиско повезана са овим правним институтом регулисана не само у компанијском закону. Већим делом оне су обухваћене правилима прописаним у енглеском стечајном закону.²⁰⁸ Овде се приоритетно подразумевају одредбе о забрани „преварног пословања“ (енгл. *fraudulent trading*)²⁰⁹ и „несавесног пословања“ (енгл. *wrongful trading*).²¹⁰

Правило о забрани „преварног пословања“ подразумева да се ниједна личност не може сакрити иза „корпоративног вела“ и избећи одговорност за обавезе привредног друштва, уколико је привредно друштво искористила за чињење преваре а друштво је отишло у стечај.²¹¹ Поред установљене кривичне одговорности за „преварно пословање“ у оквиру компанијског закона,²¹² стечајним законом је установљена грађанска одговорност. У случају разоткривања преварног пословања до отварања стечајног поступка према привредном друштву, по тужби поднетој од стране стечајног управника, суд може прогласити учиниоца „преварне радње“ лично одговорним за обавезе друштва у висини коју суд сматра „правилно одмереном“. Шта се тачно сматра „преварним пословањем“ зависи од оцене суда у сваком конкретном случају. Оно што се у правној теорији среће као једно од генералних решења, јесте да се под

²⁰⁸ *Insolvency Act* (1986), Chapter 45.

²⁰⁹ *Insolvency Act* (1986), Section 213.

²¹⁰ *Insolvency Act* (1986), Section 214.

²¹¹ S. Goulding, *op. cit.*, стр. 80.

²¹² *Companies Act* (2006), Section 993.

„преварним пословањем“ нужно ваља подвести свако крајње „безобзирно“ поступање директора у односу на интересе друштва. Међутим, мора се признати да се савремена примена права удаљила од примене забране „преварног пословања“ као института грађанског права. Учесталије је његово помињање као инструмента за утврђивање кривичне одговорности директора.²¹³

Због изнетих разлога, институт забране „несавесног пословања“ (енгл. *wrongful trading*), постао је доминантан инструмент за утврђивање грађанскоправне одговорности директора у енглеском стечајном праву.²¹⁴ Реч је о правном институту којим се установљава одговорност директора због пропуста да обустави плаћања и даља задужења привредног друштва, након што је на основу „разумних изгледа“ могао предвидети да ће привредно друштво отићи у стечај. На тај начин, директор друштва је својим несавесним поступањем умањио стечајну масу привредног друштва и деловао противно интересима поверилаца.²¹⁵ Његова одговорност постоји због тога што је пропустио да посвети посебну пажњу у пословању презадуженог привредног друштва, односно да делује на начин који би умањио губитке друштва, иако је знао или могао знати да друштву прети стечај.²¹⁶ Основни циљ овог правног института јесте заштита поверилаца друштва.²¹⁷ Обуставом задуживања друштва спречава се умањење потенцијалне стечајне масе из које повериоци могу у стечајном поступку наплатити своја потраживања. Специфичност енглеског права огледа се у томе што је забрана „несавесног пословања“ регулисана стечајним законом,²¹⁸ па последице кршења

²¹³ А. Keay, M. Murray, „Making Company Directors Liable: A comparative analysis of Wrongful Trading in the United Kingdom and Insolvent Trading in Australia“, *INSOL International Insolvency Review*, Vol. 14, 2005, стр. 29.

²¹⁴ Институт забране „несавесног пословања“ постао је саставни део енглеског стечајног права захваљујући тзв. извештају Коркове комисије“ (енгл. *Cork Comitee*) из 1982. године. Видети: *Report of the Review Committee on Insolvency Law and Practice*, Cmnd 8558, 1982.

²¹⁵ У енглеском праву се оправданост одговорности директора због „несавесног пословања“ може пронаћи у тврдњи да је функција директора двострука (дуална), да „предводи“ и да „контролише“ компанију. Тако пропуст у „контроли“ води одговорности директора. О дуалној функцији директора видети: P. L. Davies, „Board structure in the UK and Germany: convergence or continuing divergence?“, *International and Comparative Corporate Law Journal*, No. 2/2000, стр. 438-450.

²¹⁶ А. Keay, „Wrongful trading: Problems and Proposals“, *Northern Ireland Legal Quarterly*, 2014, 63-64.

²¹⁷ М. Васиљевић (2007), стр. 152; А. Keay, M. Murray, *op. cit.*, стр. 34.

²¹⁸ Примера ради, у аустралијском праву, институт насловљен као „дужност предупређења стечаја“ (енгл. *Duty to Prevent Insolvent Trading*), који постоји ради остваривања истоветних циљева као „*wrongful trading*“ у Енглеској, регулисан је компанијским а не стечајним законом. Видети: *Australian Corporation Act* (2001), Section 588G.

ове забране могу настати тек уколико се према привредном друштву отвори стечајни поступак. Тада стечајни управник може поднети тужбу суду против директора друштва. У случају да суд утврди да је директор могао реално предвидети да ће даљим задуживањем привредно друштво неминовно отићи у стечај, а притом тада није обуставио даље задуживање друштва, прогласиће директора лично одговорним за обавезе друштва у висини коју суд сматра „правилно одмереном“. Правилно одмеравање висине накнаде коју ће директор због повреде забране „несавесног пословања“ бити обавезан да исплати друштву, зависи преваходно од процене у ком је моменту директор заправо могао разумно предвидети да ће даљим задуживањем друштво отићи у стечај (тзв. „моменат истине“), а свакако и од висине даљег задуживања друштва након „момента истине“.

Поређењем института забране „преварног“ и „несавесног“ пословања директора с једне стране, са институтом пробијања правне личности на другој страни, на први поглед се може закључити да су у питању потпуно различити правни институти, без икаквих међусобних сличности. Уколико би се забране „преварног“ и „несавесног“ пословања свеле на одговорност директора због причињених преварних радњи, онда се ради о правним институтима који су суштински ближи одговорности за накнаду причињене штете друштву. Међутим, уколико се узме у обзир да се институти забране „преварног“ и „несавесног“ пословања односе не само на фактичког директора друштва, већ и на *de facto* директора, односно „директора у сенци“, повезаност са институтом пробијања правне личности постаје уочљивија. Уколико би се чланови друштва појавили у улози тзв. „директора у сенци“, односно лица која неформално остварују контролни утицај на управљање друштвом,²¹⁹ тада би они били одговорни због кршења забране „преварног“ и „несавесног“ пословања. Сличност са институтом пробијања правне личности постаје још израженија и због чињенице да у случају утврђене повреде забране „преварног“ и „несавесног“ пословања члана друштва, као директора у сенци, суд га неће обавезати на плаћање стечајном дужнику накнаде за тачно одмерену причињену штету, већ на плаћање износа који суд

²¹⁹ Више о тзв. „директорима у сенци“ (енгл. *shadow directors*), видети: P. I. Blumberg, K. A. Strasser, N. L. Georgakopoulos, E. J. Gouovin, *Blumberg on Corporate Groups*, Wolters Kluwer, New York, 2015, стр. 90-94.

оцени најправичнијим. Због такве регулације животни је могућа и ситуација у којој би члан стечајног дужника, у крајњем, био обавезан да целокупну своју имовину искористи за намирење поверилаца стечајног дужника.

Повезан са институтом пробијања, макар на посредан начин, јесте и институт забране „поновне употребе пословног имена“ привредног друштва (енгл. *re-use of company name*), који је такође регулисан енглеским стечајним законом.²²⁰ Директору, који је обављао ту функцију у време када је према друштву отворен стечај, као и годину дана пре тога, у складу са институтом „забране поновне употребе пословног имена“, начелно је забрањено да, у наредних пет година од дана отварања стечаја према друштву, буде изабран за директора или да на било који начин буде ангажован у менаџменту новог друштва са истим или врло сличним пословним именом у односу на друштво у стечају, а које обавља исту или сличну делатност. Наведени правни институт се примењује и према „директорима у сенци“, што може значити да се у случајевима када се члан друштва појављује као лице које незванично контролише рад управних органа, „забрана поновне употребе пословног имена“ примењује и према члану друштва. Тако се применом описане регулативе онемогућује оснивање нових друштава, тзв. „феникс компанија“, путем којих би директори или „директори у сенци“ могли под истим или сличним пословним именом наставити обављање исте или сличне делатности. У случају непоштовања наведене забране, установљена је лична одговорност ових лица, солидарна са новооснованим друштвом, за све време њиховог учешћа у менаџменту тог друштва.²²¹

1.2.2. Пробијање правне личности у енглеској судској пракси

Почев од првих покушаја његове примене у енглеској судској пракси до данас, институт пробијања правне личности остао је „исувише лабав“²²² да би се могао сматрати правилом. Он и даље опстаје као изузетак у односу на принцип ограничене одговорности, а самим тим и у односу на правило о одвојености

²²⁰ *Insolvency Act* (1986), Section 216, 217.

²²¹ L. B. C. Gower, *Principles of modern company law*, London, Sweet & Maxwell, 1992, стр. 115.

²²² J. H. Farrar, *op. cit.*, стр. 24.

правног субјективитета друштва у односу на његове власнике.²²³ Притом, ови се изузеци јављају повремено, јер нема потпуне и систематичне дефиниције која ће несумњиво указати када је овај правни институт нужно применити. Отуда су оправдане потешкоће присутне у покушајима да се разлози пробијања, препознати у судској пракси, класификују у јасно дефинисане категорије. Ипак, у савременој енглеској судској пракси могуће је издвојити неколико општих разлога за примену института пробијања.

При објашњењу пробијања правне личности у енглеској правној литератури се најчешће прибегава установи „агента“ (енгл. *agency*). Исто тако, још од случаја *Salomon v. Salomon and Co.* (1897), у судској пракси се, између осталих, путем ове установе оправдава „подизање правног вела“ (енгл. *lifting the corporate veil*). Тако, до пробијања може доћи у ситуацији када се власник друштва, због свог контролног утицаја на одлучивање у друштву, може поистоветити са заступником друштва. Овај приступ се највише помиње код пробијања повезаних друштава. Један од познатијих примера пробијања с позивом на установу „агента“, јесте случај *Smith, Stone and Knight Ltd v. Lord Mayor, Aldermen and Citizens of the City of Birmingham* (1939).²²⁴ Привредно друштво *Smith, Stone and Knight Ltd.* основало је зависно друштво (*Birmingham Waste Co. Ltd.*), које је узело у закуп и користило простор матичног друштва. Након тога, део земљишта које је за обављање делатности користило зависно друштво, одузет је експропријацијом. Матично друштво (*Smith, Stone and Knight Ltd.*) је поднело тужбу за накнаду штете због извршене експропријације земљишта и захвата у имовину тог друштва, с обзиром да зависно друштво, као купац, није било активно стварно легитимисано за подношење тужбе. Кључно објашњење постојања односа заступништва између матичног и зависног друштва у конкретном случају дао је судија Еткинсон (енгл. *J. Atkinson*), који је указао да је за утврђивање овог односа кључно дати одговор на следећих шест питања: да ли се добит коју остварује зависно друштво сматра приходом матичног друштва; да ли орган управљања зависног друштва поставља и контролише матично друштво;

²²³ *Prest v. Petrodel Resources Limited and others*, [2013] 2 AC 478, 508 para 16.

²²⁴ *Smith, Stone and Knight Ltd v. Lord Mayor, Aldermen and Citizens of the City of Birmingham*, [1939] 4, All ER, стр. 116. Слично: *Re FG Films Ltd.*, [1953] 1 WLR 483; *Littlewoods Mail Order Stores Ltd v IRC*, [1969] 1 WLR 1241; *DHN Food Distributors v Tower Hamlets London Borough Council*, [1976] 1 WLR 852.

да ли матично друштво одређује и уређује пословну политику зависног друштва; да ли матично друштво има одлучујућу улогу у финансијској политици зависног друштва; да ли се заслуге за остварене пословне успехе зависног друштва могу приписати превасходно деловању матичног друштва и, на крају, да ли матично друштво врши свеобухватну и трајну контролу над зависним друштвом.

У погледу повезаних друштава, разлози оправданости пробијања правне личности посматрају се и кроз аргументацију о функционисању матичног и зависног друштва као тзв. „јединствене економске заједнице“ (енгл. *single economic unit*).²²⁵

Међутим, у бројним доцнијим судским одлукама, испоставило се да постојање једино аргумента заступништва и тумачења друштва као „чисте фасаде“ за остваривање интереса власника, није довољан разлог за примену института пробијања, нарочито код повезаних друштава.²²⁶ Исти је случај и са применом аргумента тзв. „јединствене економске заједнице“.²²⁷ Без постојања злоупотребе, усмерене на изигравање правила о ограниченој одговорности, изнети аргументи нису довољни да би дошло до пробијања правне личности. Отуда је злоупотреба права посебан, можда и одлучујући разлог, због којег ваља прибећи пробијању правне личности. Без постојања намере да се привредно друштво искористи у „преварне сврхе или за изигравање уговорних обавеза и принципа ограничене одговорности друштва“,²²⁸ нема довољно уверљивих разлога за примену института пробијања. Заступљеност аргумента злоупотребе права, као једног од основних разлога пробијања, у енглеској судској пракси је очевидна. Најбољи показатељ његове присутности представља један од значајнијих примера из савремене судске праксе, тј. случај *Prest v. Petrodel Resources Limited and others* (2013).²²⁹ Посебно је из овог спора интересантно мишљење судије Сампшена (енгл. *Lord Sumption*) дато у одлуци енглеског Врховног суда (енгл. *The Supreme Court*), које се заснива на тврдњи да пробијање правног вела може бити

²²⁵ S. Griffin, *Company Law: fundamental principles*, Horlow: Longman, 2000, стр. 16; L. B. C. Gower, *op. cit.*, стр. 132-133; K. Vanderkerchove (2006), *op. cit.*, стр. 56.

²²⁶ *Adams v. Cape Industries plc.*, [1990] Ch 433; *Atlas Maritime Co SA v. Avalon Maritime Ltd (TheCoral Rose)*, [1991] 4 All ER 769, стр. 779; *Yukon Line Ltd. of Korea v. Rendsburg Investments Corp.*, [1991] 2 BCLC, стр. 485.

²²⁷ *Bank of Tokyo Ltd. v. Karoon*, [1987] AC 45.

²²⁸ S. Goulding, *op. cit.*, стр. 67.

²²⁹ *Prest v. Petrodel Resources Limited*, [2013] 2 AC 415.

раздвојено на два основна принципа: „принцип прикривања“ (енгл. *concealment principle*) и „принцип евазије“ (енгл. *evasion principle*).²³⁰ „Принцип прикривања“ омогућава да се занемари постојећа „фасада“ друштва и разоткрију реални учесници управљања и контролисања друштва. С друге стране, „принцип евазије“ је другачији, јер тежи утврђивању учиниоца који занемарује одвојеност ентитета и чини злоупотребу права. Међутим, уколико се оба ова „принципа“ у одређеном случају остваре, пробијање правне личности има основа.²³¹

Изнетом ваља додати да, при анализи енглеског права, не сме бити занемарена примена начела правичности у пробијању правне личности. Заслуге за развој овог начела припадају превасходно судији Денингу (енгл. *Denning*).²³² Судија Денинг је у одређеним споровима стао на становиште да привредно друштво и његовог члана треба посматрати као јединствену правну целину, с обзиром да је у датим околностима такав приступ био правичан.²³³ На тај начин, начело правичности посматрао је као темељ, односно идеју водиљу за пробијање правне личности. Међутим, он указује и да при позивању на начело правичности ваља бити изузетно обазрив, како се не би претворило у своју супротност. На њега се ваља позвати тек уколико „здрав разум и захтеви реалности“,²³⁴ настали због бројних опипљивих, објективних индиција о постојању злоупотребе, упућују да је пробијање правне личности правично и легитимно.

На крају, нужно је, уместо закључка, рећи да су описани разлози за примену института пробијања у енглеском праву исувише начелни. Због општости, понекад долази до њиховог преплитања у тој мери да се не могу разликовати. Отуда је, макар у теоријскоправном смислу, изузетно значајан допринос професора Ферара (енгл. *J. H. Ferrara*) у класификовању разлога који, у енглеској судској пракси, најчешће доводе до пробијања правне личности. Његова категоризација је шире прихваћена, па је зато вредна помена. По становишту

²³⁰ *Ibid.*, paragraph 28; T. Heintzman, B. Kain, „Through the Looking Glass: Recent Developments in Piercing the Corporate Veil“, *Banking & Finance Law Review*, 2013, стр. 532-533.

²³¹ Слично: *VTB Capital Plc v. Nutritek International Corp and others*, [2013] 2 WLR 398; *Antonio Gramsci Shipping Corporation and others v. Aivars Lembergs*, [2013] EW CA Civ 730.

²³² R. Brnabić (2010), стр. 54.

²³³ *Littlewoods Mail Order Stores Ltd v. Inland Revenue Commissioners*, [1969] 1 WLR 1254; *Wallersteiner v. Moir* (No. 2), [1974] 1 WLR 991;

²³⁴ J. Marson, *op. cit.*, стр. 504, упућује на мишљење судије Аулда (енгл. *Auld*), изнето у спору: *Conway v. Ratiu* [2005] EWCA Civ 1302.

професора Ферара, пробијање правне личности у највећој мери узрокују следећи разлози: заступништво (енгл. *agency*); злоупотреба; јединствени интерес групе; установа траст-а (енгл. *trust*); деликт (енгл. *tort*); непријатељски однос према друштву (енгл. *enemy*); евазија пореза; грубо кршење компанијске регулативе и кршење других закона. Њихову испуњеност, ипак, ваља ценити у сваком појединачном случају.²³⁵ Уколико присуство поменутих разлога чини постојање злоупотребе концепта ограничене одговорности толико очигледним, да би се пробијање могло оценити као општеприхватљиво и правично, судије ће се осмелити на његову примену.

1.3. Пробијање правне личности у немачком праву

По угледу на друге савремене правне системе, у немачком праву се, такође, пробијање правне личности посматра као изузетак у односу на правило о ограниченој одговорности члана за обавезе друштва.²³⁶ Овај правни институт потиче из немачке судске праксе. Још 1920. године, у пресуди тадашњег Врховног суда немачког Рајха (нем. *Reichsgericht*), изнето је становиште да једночлано привредно друштво представља независан ентитет, изузев „уколико реалност живота, економске потребе и чињенице наведу судију да игнорише независност између привредног друштва и његовог јединог члана.“²³⁷ С друге стране, теоријскоправне темеље учења о пробијању правне личности поставили су, првенствено Серик (нем. *Serick*), као утемељивач појма пробијања у немачком праву, а потом Рихбиндер (нем. *Rehbinder*) и Милер-Фреинфелс (нем. *Müller-Freienfels*).²³⁸ Њихова су учења у основи заснована на забрани злоупотребе права, као и повреди сврхе правне норме.²³⁹

²³⁵ J. H. Farrar, *op. cit.*, стр. 25-26.

²³⁶ B. Singhof, „Equity Holders' Liability for Limited Liabilities Companies' Unrecoverable Debts—Reflections on Piercing the Corporate Veil under German Law“, *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, No. 2/1999, стр. 145 и 155; J. Barbić, „Utjecaj nemačkog prava na stvaranje hrvatskog prava društava“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, br. 44/2007, стр. 353.

²³⁷ *Urteil vom Juni 22, 1920*, Reichsgericht, [RG], Ger., 99 Reichsgericht in Zivilsachen [RGZ] 226.

²³⁸ На њих упућују: C. Altung, *op. cit.*, стр. 198; B. Singhof, *op. cit.*, стр. 155-156; R. Brnabić (2010), стр. 35.

²³⁹ W. Müller-Freienfels, *Zur Lehre vom sogenannten Durchgriff bei juristischen Personen im Privatrecht*, Archiv für Die Civilistische Praxis, 1958, стр. 525-531.

Судска пракса се изричито не приклања ниједном од описаних теоријских учења. Општи приступ датира још из 1956. године, када је у једној од пресуда Врховног суда Немачке (нем. *Bundesgerichtshof*), констатовано да „корпоративни ентитет може опстати само уколико се користи у складу са циљевима правног система“.²⁴⁰ Касније, развојем судске праксе, могли су се категоризовати специфични разлози за примену института пробијања правне личности. То су: мешање имовина, поткапитализација, владајући положај и занемаривање корпоративног идентитета. Посебна пажња посвећује се и пробијању правне личности повезаних друштава.

До мешања имовина долази у ситуацијама када није могуће одвојити имовину члана од имовине привредног друштва. Ово мешање може наступити у случају извлачења средстава из друштва од стране члана, као и у случају када није могуће раздвојити имовину коју је члан дао на коришћење друштву од имовине привредног друштва. Један од првих примера успешног пробијања правне личности због мешања имовина чини спор пред Вишим судом у Карлсруеу (нем. *Oberlandesgericht Karlsruhe*) из 1943. године.²⁴¹ У том спору, једини члан друштва је за обављање делатности друштва дао своју кућу на позајмицу. Након што је према привредном друштву отворен стечајни поступак, једини члан друштва је покушао да излучи кућу из стечајне масе, сматрајући је личном имовином. Међутим, суд је стао на становиште да једини члан друштва није одвојено посматрао два одвојена ентитета, сопствени и ентитет друштва, већ је мешао ове две сфере. Отуда је суд имовину друштва и имовину члана посматрао кроз сферу јединственог ентитета, па је закључио да у датом случају није могуће одвојити имовину у власништву члана од имовине привредног друштва. Касније је у споровима поводом пробијања правне личности због мешања имовине готово устаљено правило да до примене овог правног института може доћи само у случају када пренос имовине између члана и привредног друштва није праћен уредном књиговодственом документацијом.²⁴² Овако утврђен став потврдила је

²⁴⁰ *Urteil vom Januar 30, 1956*, Bundesgerichtshof, W. Ger., 20 BGHZ 4, 14; *Urteil vom November 29, 1956*, Bundesgerichtshof, W. Ger., 22 BGHZ 226, 231.

²⁴¹ R. Brnabić (2010), стр. 78, упућује на спор: *Oberlandesgericht Karlsruhe vom Dezember 10. 1942*, DR 1943, 811.

²⁴² C. Altling, *op. cit.*, стр. 215; B. Singhof, *op. cit.*, стр. 161.

пракса Врховног суда Немачке (нем. *Bundesgerichtshof*) у више практичних примера.²⁴³

При разматрању поткапитализације као разлога пробијања у немачком праву, ваља поћи од њеног појма. Под поткапитализацијом се подразумева недовољност капитала за обављање делатности друштва, имајући у виду обим и врсту делатности коју друштво уобичајено обавља. С обзиром да је у немачком праву прописан адекватан минимум капитала за обављање делатности друштва, зависно од форме у којој је регистровано, разликује се номинална од материјалне поткапитализације. Номинална поткапитализација постоји у случајевима када основни капитал друштва падне испод прописаног законског минимума за дату форму друштва,²⁴⁴ а потом исти бива надокнађен спољним зајмовима, а не додатним улозима чланова друштва. Материјална поткапитализација постоји у случајевима када је основни капитал изнад законом прописаног минимума, али је недовољан за измиривање средњорочних или дугорочних обавеза друштва (а друштво се не може додатно кредитно задуживати), нарочито узимајући у обзир врсту и обим очекиваних или постојећих пословних активности и метода финансирања друштва.²⁴⁵ Дакле, материјална поткапитализација постоји у случају немогућности друштва да својом имовином одговори на обавезе које ће извесно настати у наредном периоду. Без обзира да ли се говори о номиналној или материјалној, у немачком праву се не може јасно закључити да поткапитализација друштва представља довољан разлог за пробијање правне личности. Несугласице по овом питању не постоје само међу судовима различитог степена, већ и међу ставовима судија Врховног суда Немачке (нем. *Bundesgerichtshof*).²⁴⁶ Отуда је доминантан став немачке судске праксе да се проблем материјалне

²⁴³ *Urteil vom November 12, 1984*, Bundesgerichtshof, W. Ger., BGH II ZR 250/83, WM 1985; *Urteil vom September 16, 1985*, Bundesgerichtshof, W. Ger., BGH II ZR 275/84.

²⁴⁴ С. Alting, *op. cit.*, стр. 207.

²⁴⁵ Видети: J. Barbić, *Pravo društava, knjiga prva (Opći deo)*, Organizator, Zagreb, 2006, стр. 302; R. Brnabić (2010), стр. 127 и 128; упућује на: P. Ulmer, у: Hachenburg, M., *Großkommentar zum GmbHG*, P. Ulmer (ур.), I. Band: Allgemeine Einleitung, §§ 1-34, 8. Aufl., Berlin, 1992, Anh §30, Rnd. 16, стр. 155

²⁴⁶ Тако је у предмету *Siedler*, Врховни суд Немачке, одлуком осмог Већа, утврдио личну одговорност чланова применом института пробијања правне личности. Видети: *Urteil vom Juli 8, 1970*, BGH, 54 BGHZ 222. Исто веће је у наредној одлуци у предмету *Fertighaus* из 1994. године, заузело негативан став према пробијању у случају материјалне поткапитализације. Одлука: BGH WM 1995, 398. Веће тог суда је стало на становиште да материјална поткапитализација није довољан разлог за пробијање правне личности. Видети и пресуду у предмету *Flugtaxi* из 1995. године, BGH NJW 1977, 1686.

поткапитализације може ваљано решити применом правила о неуговорној одговорности за обавезе друштва,²⁴⁷ односно правила о повреди фидуцијарних дужности чланова према друштву, путем којих се установљава унутрашња одговорност чланова према друштву. Правдање овако заузетог становишта почива на тврдњи да како услед материјалне поткапитализације најчешће долази до стечаја друштва, омогућавањем примене института пробијања због материјалне поткапитализације друштва, дошло би до утркивања поверилаца у наплати својих потраживања. Самим тим, било би омогућено погодовање одређених поверилаца, који остваре успех у пробијању, у односу на друге повериоце. Применом правила о унутрашњој одговорности члана према друштву се овакве ситуације заобилазе.

Владајући или доминантан положај члана у друштву подразумева постојање пресудног утицаја на вођење послова и доношење одлука у друштву. Ово учење је изузетно блиско и учењу о „*de facto*“ директорима, односно „директорима у сенци“ у англо-америчком праву.²⁴⁸ Иначе, у немачком праву је присутно становиште да доминација у друштву мора бити праћена и другим факторима који би указали на злоупотребу владајућег положаја и тако оправдали примену института пробијања правне личности.²⁴⁹ Разматрање доминантог положаја члана у друштву најчешће је у немачком праву присутно код утврђивања разлога за пробијање код једночланих и повезаних друштава. Једна од особености немачког права огледа се у посвећивању посебне пажње праву повезаних друштава (нем. *Konzernrecht*). Повезаност друштава може бити формална (заснована на уговорној основи) и неформална (где постоји доминантан власнички утицај, односно неформалан управљачки утицај). Код повезаних друштава се примарно тежи очувању имовине зависног друштва, па тек посредно, попут „рефлексије“ пружа се заштита повериоцима зависног друштва.²⁵⁰ У томе се огледа и посебност односа учења о повезаним друштвима према институту пробијања правне личности. Заслугом учења о повезаним друштвима развила се и теорија тзв. привидног идентитета, у коме повезана друштва стварају слику

²⁴⁷ Немачки грађански законик из 1896. године (нем. *Bürgerliches Gesetzbuch*), скраћено: BGB, § 826.

²⁴⁸ Видети: D. Weber-Rey, „Insolvency of a German Limited Liability Company: De facto Shareholders, Group Liability for Individual Shareholders“, *Pace International Law Review*, Vol. 7, 1995, стр. 130.

²⁴⁹ C. Altling, *op. cit.*, стр. 201.

²⁵⁰ M. Lutter, *Der qualifizierte faktische Konzern, AG* 1990, стр. 184.

јединственог субјективитета. Она се објашњава наводима да „где постоји такав идентитет, позивање на одвојеност би представљало злоупотребу права или би се тиме чинила очита повреда трећих лица која заслужују да буду заштићена“.²⁵¹ Из изнете тврдње могуће је закључити да сама повезаност привредних друштава не представља довољан разлог за пробијање. Уз доминацију једног друштва над другим, за примену института пробијања је нужно утврдити и постојање других фактора,²⁵² путем којих постаје изгледно да је до повезивања дошло у намери злоупотребе права, односно изигравања поверилаца друштва.

1.4. Специфичности пробијања правне личности у француском праву

Француско право привредних друштава нарочиту пажњу посвећује заштити поверилаца. То чини регулацијом правила о доњој граници основног капитала за поједине форме привредних друштава, а посебно строгим прописима о одговорности органа управљања, односно директора. Због специфичности регулативе о одговорности органа управљања у француском праву, већина правних писаца институт пробијања правне личности повезује управо са наведеном правном регулативом. Овај приступ је наизглед противречан. На први поглед, разлика постоји у основним одликама института пробијања и регулативе о одговорности управе, односно директора. Одговорност директора по својој природи је унутрашња, јер директор, по правилу, одговара друштву за своје обавезе. С друге стране, одговорност за пробијање правне личности је спољашња, јер је усмерена ка повериоцима друштва. Но, уколико се изврши дубља анализа прописа француског права о одговорности директора, описане противречности је могуће отклонити. Првенствено треба поћи од чињенице да у француском праву привредних друштава доминира теорија фикције. На темељу ове теорије изграђена је шира дефиниција појма директора друштва (фра. *dirigeant de droit*). Директором друштва се не сматра само лице које је формалноправно изабрано на ту функцију, већ свако лице које фактички управља пословима друштва. Тако се појмом директор друштва обухватају и тзв. фактички директори (фра. *dirigeant de*

²⁵¹ М. Васиљевић (2011), стр. 70, упућује на: Ј. Барбић, *Pravo društava, knjiga druga – Društva kapitala* (1999), стр. 242-254.

²⁵² S. B. Presser, *op. cit.*, стр. 1411.

fait). Фактички директор је „лице које директно, или преко неког другог лица, врши континуиран утицај на управљање одређеним друштвом, било да то чини под окриљем или уместо његових легалних заступника.“²⁵³ Може се десити и да лице које остварује доминантан утицај на пословну политику друштва буде и члан друштва. Тако постоји могућност да члан друштва, као фактички директор, у случају да не поступа лојално према друштву, већ злоупотреби правило о ограниченој одговорности, буде проглашен одговорним за такво поступање. Тада ће члан друштва, иако у стварности није именован на позицију директора друштва, бити подвргнут одговорности за обавезе директора друштва. Чак и у случају када члан друштва буде проглашен одговорним за нелојално поступање према друштву, његова одговорност, по својој природи, биће у основи одговорност за причињену штету.²⁵⁴ Отуда, само прописивање одговорности члана друштва као тзв. фактичког директора за обавезе друштва, и даље не отклања све недоумице о повезаности института пробијања правне личности у француском праву са правилима о одговорности директора.

Отклањању свих нејасноћа о вези строгих правила о одговорности фактичког директора друштва и института пробијања правне личности, доприноси посебно правно средство које познаје француско стечајно право. У питању је тзв. тужба због недовољности имовине (фра: *Action en responsabilité pour insuffisance d'actif*). У случају када је имовина стечајног дужника недовољна за намирење поверилаца, наведеном тужбом, повериоци друштва могу издејствовати пресуду којом би се фактички директор, који може бити и члан друштва, у целости или делимично учинио одговорним за обавезе друштва настале због „грешака у управљању“ (фра. *faute de gestion*). Дакле, за успех по тужби због недовољности имовине је нарочито важно, било везано за фактичког или стварно изабраног директора, да је „грешка у управљању“ довела до „презадужености“, односно недовољности имовине друштва за намирење поверилаца. Одређени правни писци „грешком у управљању“ сматрају „повреде статута или друге регулативе, узроковане немарношћу и намерним

²⁵³ М. Васиљевић (2007), стр. 230.

²⁵⁴ Одговорност за причињену штету у основи је регулисана у Француском грађанском законнику (фра: *Code Civil*), Art. 1382.

пропуштањем“.²⁵⁵ С друге стране, у судској пракси су се под „грешком у управљању“, примера ради, усталили случајеви свесног узроковања губитака друштва, неправилно рачуноводство, вршење плаћања противно статутарним и законским правилима.²⁵⁶ Овај круг разлога, међутим, није затворен. Да ли се одређено чињење или нечињење може сматрати „грешком у управљању“, суд оцењује у сваком конкретном случају. Уколико по тужби поверилаца због недовољности имовине, суд утврди постојање поменуте „грешке у управљању“, члан друштва, који стоји у позицији фактичког директора друштва, може одговорати повериоцима за пуни износ потраживања према повериоцима друштва. Његова одговорност постојаће чак и када није могуће утврдити јасну везу између висине скривљене радње члана друштва и висине потраживања поверилаца.²⁵⁷ С друге стране, суд може осудити фактичког директора на плаћање мањег износа од висине штете која је причињена друштву.²⁵⁸ Управо због тога долази до удаљавања тзв. тужбе због недовољности имовине од општих правила о одговорности за причињену штету, по којима предуслове одговорности чине постојање штете, скривљене штетне радње штетника и узрочне везе. Код тужбе због недовољности имовине нема узајамности између висине причињене штете и висине износа који ће фактички директор исплатити због причињене „грешке у управљању“. У случају да повериоци остваре успех у спору по наведеној тужби, члан који је био фактички директор друштва, уплаћује пресуђени износ у стечајну масу стечајног дужника, која се потом дели повериоцима друштва. Уколико се више чланова као фактичких директора прогласи одговорним, на диспозицији је суда да ли ће њихова одговорност бити солидарна или појединачна. На тај начин, повериоци, макар на посредан начин, могу делимично или потпуно своје потраживање остварити од члана друштва, који је фактички руководио пословима друштва. То значи да одговорност члана друштва, у случају основаности тзв. тужбе због недовољности имовине, није само унутрашња, већ на посредан начин

²⁵⁵ C. Dellatre, „Appréciation de l'insuffisance d'actif et de la faute de gestion à l'occasion d'une action en comblement de passif“, *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, No. 48/2005, стр. 1751. Слично и: J. Ronse, „La responsabilité fautive des administrateurs et gérants en cas de faillite et d'insuffisance d'actif“, *Revue Responsabilité civile et assurances*, 1979, стр. 299-300.

²⁵⁶ S. B. Presser, *op. cit.*, стр. 1393.

²⁵⁷ R. Brnabić (2013), стр. 183.

²⁵⁸ C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.*, стр. 152.

и спољашња. Отуда је могуће извести закључак да се, у француском праву, пробијање правне личности посматра у ширем смислу.

Изнетом закључку додатно доприноси још једно специфично правно средство присутно у француском праву. У питању је тзв. тужба за обавезивање на плаћање дугова привредног друштва (фра. *Action en obligation aux dettes sociales*).²⁵⁹ У току стечајног поступка именовани или фактички директори могу бити обавезани на плаћање дела или целокупног дуговања стечајног дужника, уколико се утврди постојање једног од следећих разлога који су узроковали немогућност плаћања, и то када је директор: располагао имовином друштва као својом; користио привредно друштво као покриће, како би путем пословних трансакција задовољио личне интересе; користио робу или кредитна средства која припадају привредном друштву против интереса друштва а зарад задовољења личних интереса или остваривања користи по друго друштво у коме има директан или индиректан интерес; закључивао послове на штету друштва, зарад задовољења личних интереса а којим чињењем се друштво директно доводило у положај неспособног за плаћање; преусмеравао или извлачио сву или део имовине друштва или преварно узроковао повећање дугова друштва. У случају успеха у спору по наведеној тужби намирају се повериоци према редоследу утврђеном по снази средства обезбеђења њиховог потраживања. Дакле, за разлику од тужбе због недовољности имовине код које се у случају успеха у спору остварени износ сразмерно дели повериоцима друштва, код тзв. тужбе за обавезивање на плаћање дугова друштва се остварена средства исплаћују по основу обезбеђености потраживања поверилаца. Иначе, описане тужбе могу се поднети најкасније три године од отварања стечаја.

Специфичност француског права огледа се и кроз могућност да, уколико фактички директор који је осуђен по описаним тужбама нема довољно имовине за поступање по пресуди, може доћи до отварања индивидуалног стечаја према њему.²⁶⁰ Тако се стварају услови за паралелно вођење стечајног поступка према

²⁵⁹ Француски трговачки законик, чл. L. 652-1, усвојен новелама из 2005. године.

²⁶⁰ До измена Француског трговачког законика из 2005. године, када су брисане одредбе Art. 624-4 и 624-5, било је предвиђено аутоматско отварање индивидуалног стечаја према директору друштва као посебна санкција за случај немогућности да поступи по пресуди којом је утврђена обавеза

привредном друштву и члану друштва, као његовом фактичком директору, а све због немогућности намирења поверилаца привредног друштва. Описана правна могућност указује на посебан значај и допринос поменутих тужби пробијању правне личности повезаних лица. Наиме, треба имати у виду да у француском праву члан друштва, па и директор друштва, може бити не само физичко већ и правно лице. Дакле, правно лице може бити члан друштва, па самим тим и фактички управљати привредним друштвом. Због израженог контролног утицаја, у таквој ситуацији се најчешће испоставља да је члан друштва, као правно лице, повезано са привредним друштвом којим фактички управља. Или, речено у духу теорије фикције, која је изразито присутна и код учења о повезаним лицима, привредно друштво представља тзв. „фиктивно друштво“ (фра. *société fictive*) у односу на друштво које је његов члан и које фактички њиме управља. У пракси француских судова искристалисала су се два неопходна елемента како би се једно друштво прогласило фиктивним. Први елемент је структурални, тзв. „органски“ елемент, који се односи на структуру капитала, договорну повезаност, идентитет управе и сл. Други је „функционални“ елемент који упућује на недостатак самосталног тзв. „корпоративног живота“, попут непостојања реалне економске активности, независности управе, испреплетаности пословних интереса итд.²⁶¹ Функционални елемент је доминантнији. Следствено наведеном, у ситуацији када се, према описаним критеријумима, члан друштва, који је правно лице, сматра контролним друштвом у односу према фиктивном, зависном друштву, могуће је да по тужби због недовољности његове имовине или тужби за обавезивање на плаћање дугова друштву, дође до отварања и стечајног поступка према матичном друштву, уколико оно нема довољно имовине за исплату поверилаца зависног друштва. У том случају би, дакле, матично друштво било одговорно повериоцима зависног, односно, у духу француског права речено, „фиктивног“ друштва.

Уз изнето, ваља поменути и да често примењивани разлог пробијања правне личности повезаних друштава у француском праву чини мешање имовина. Овај разлог, такође, омогућује „проширење“ стечајног поступка са фиктивног на

покривања насталих губитака друштва. Након извршених законских измена, сходно одредби Art. L. 653-1, отварање индивидуалног стечаја је у диспозицији суда.

²⁶¹ P. Rouast-Bertier, „Société fictive et simulation“, *Revue des sociétés*, 1993, стр. 725-726.

матично друштво.²⁶² Тиме се омогућује да мешање имовина повезаних друштава у стварности резултира пробијањем правне личности матичног друштва, ради намирења поверилаца зависног друштва. Нарочита заслуга француске судске праксе огледа се у томе што се, као вид мешања имовина, па самим тим и довољан разлог за примену института пробијања, помиње утврђивање тзв. „абнормалних новчаних токова“ између повезаних друштава.²⁶³ Под овим се појмом подразумевају одређена плаћања вршена међу повезаним друштвима, која нису праћена адекватним покрићем, односно која нису резултирала реципрчном облигацијом.²⁶⁴ Иначе, одсуство „нормалних“ новчаних токова, праћених неуредном књиговодственом документацијом, од великог је значаја за примену института пробијања правне личности у савременом праву, нарочито код повезаних друштава.

2. Пробијање правне личности у српском праву

Расправу о институту пробијања у српском праву не сме заобићи пример из судске праксе пре Другог светског рата, у коме је тадашњи познати београдски индустријалац Милош Јаћимовић у кривичном поступку оптужен због лажног банкротства.²⁶⁵ До његовог оптужења дошло је након што је примио на себе обавезу да солидарно са осталим гарантима исплати све повериоце Централне кредитне банке, а пошто је примио обавезу на себе, све своје непокретно имање по пресуди избраног суда уступио је својим синовима: Чедомиру, Драгославу и Петру. Тако је њему остао само дуг према повериоцима банке, за чије је испуњење преузео солидарну одговорност. Решењем београдског трговачког суда,²⁶⁶ отворен је стечајни поступак над имовином Милошевом. Након што је у стечајном поступку извршна власт Града Београда намеравала да изврши попис његове имовине на дан 23. октобра 1926. године, то није могла учинити, јер је

²⁶² В. Grelon, С. Dessus-Larrivé, „La confusion des patrimoines au sein d'un groupe“, *Revue des sociétés*, No. 2/2006, стр. 281.

²⁶³ *Ibidem*.

²⁶⁴ Слично: S. В. Presser, *op. cit.*, стр. 1401.

²⁶⁵ Оптужење Милоша Јаћимовића за лажно банкротство и реч његових бранилаца Богомира А. Богића и Војислава Љ. Павловића: на претресу 12. децембра 1927. године, пред поротним судом, Штампарија „Заштита“, Београд, 1927.

²⁶⁶ Решење Трговачког суда у Београду бр. 49491 од 16. октобра 1926. године

Милош изјавио да нема ништа од имања. Тада је установљено да је сву имовину пренео синовима. Међутим, у то време, у нашим прописима и њиховој примени није био познат институт пробијања правне личности. Злоупотребе вршене на уштрб имовине трговачких друштава спречаване су кривичноправном регулативом. Отуда је и у конкретном случају описана злоупотреба подведена под кривицу за лажно банкротство и због тога је Милош Јаћимовић био оптужен у кривичном поступку.

Описани пример указује да је још у Кнежевини Србији постојала свест о потреби за спречавањем злоупотреба вршених од стране дужника ради избегавања обавеза према повериоцима. Ове злоупотребе засигурно нису вршене само од стране физичких лица, већ су чињене и од тадашњих форми трговачких друштава. Посебно је значајно да је за постојање одговорности за лажно банкротство било довољно утврдити да је у циљу преваре дошло до пропуста у уредном вођењу пословних књига или су исте прикриване и уништаване.²⁶⁷ Наведено указује да је потреба за применом института пробијања и тада била насушна. Међутим, до његове примене у судској пракси тог времена није долазило.

По окончању Другог светског рата, специфичне друштвене прилике представљале су препреку за примену не само института пробијања, већ и континуирани развој компанијског права уопште. Тек постепено напуштање „несвојинског“²⁶⁸ концепта друштвене својине, који је од нечије, својину претворио у „свачију и ничију“,²⁶⁹ као и окретање „тржишним принципима привређивања утемељеним на владавини права, реформи својинских односа, либерализацији и стварању ефикасног финансијског система“,²⁷⁰ створило је погодно тло за настанак правних форми привредних друштава. Доношење Закона

²⁶⁷ У глави XXVI, параграф 261. Казненог законика за Књажество Србију, који је донет 29. марта 1860. године, стоји: „Трговци и фабриканти и уопште дужници који се лажно за банкроте прогласе у тој мери да своје дугове не плате, да се казне као варалице и да се казне лажни банкрот робијом до десет година у следећим случајима: ...4. ако су за циљ преваре пропустили водити уредне књиге које су законом прописане, или су по каквоћи трговине нужне; или су у истом намерењу своје трговачке књиге прикрили или уништили, или тако водили или изопачили, да се из њих никакав преглед правог њиовог имања не може изнаћи.“

²⁶⁸ С. Перовић (2012), стр. 27.

²⁶⁹ *Ibidem*

²⁷⁰ М. Васиљевић, „Нека отворена питања својинске трансформације“, *Правни живот*, бр. 1-2/92, стр. 29.

о предузећима из 1988. године омогућило је „размах и доминацију ових форми организовања које настају у приватносвојинском окружењу“.²⁷¹ Међутим, институт пробијања правне личности установљен је тек накнадним изменама и допунама Закона о предузећима.²⁷² Његова примена била је могућа само код једночланих друштава капитала.²⁷³ Тако је неограничена солидарна одговорност према повериоцима за обавезе друштва могла бити установљена само уколико једини члан друштва капитала својим радњама или мешањем своје имовине и имовине другог друштва ствара привид привредног идентитета са привредним друштвом.²⁷⁴ Дакле, с једне стране био је регулисан конкретан разлог чије остваривање доводи до пробијања правне личности, који се манифестује у мешању имовине друштва капитала са имовином чланова друштва, односно власника. Поред тога, у виду опште норме било је предвиђено да до пробијања може доћи и уколико једини члан друштва капитала својим радњама ствара привид привредног идентитета друштва. Ипак, описаном законском формулацијом се није довољно јасно указивало на неопходност утврђивања постојања злоупотребе правила о ограниченој одговорности члана друштва као општег разлога за пробијање правне личности. Због тога није било једноставно протумачити које су то радње јединог члана друштва којим он ствара привид идентитета самог друштва.

У доцније донетом Закону о предузећима²⁷⁵ више пажње посвећено је регулисању института пробијања правне личности, тада формулисаним као „привид правне личности“. Снажан утицај на тадашњу регулацију имало је словеначко законодавство,²⁷⁶ које је у то време имало „најизнијансиранији приступ регулисању ове установе“.²⁷⁷ Наведеним законом било је прописано више конкретних разлога који могу довести до примене института пробијања. Прописано је да оснивачи, чланови, акционари, чланови управе и извршног

²⁷¹ М. Васиљевић (2011), стр. 19.

²⁷² Закон о изменама и допунама Закона о предузећима (*Сл. лист СФРЈ*, бр. 40/89).

²⁷³ Друштвом капитала у Закону о предузећима из 1988. године сматрало се деоничко друштво, данашње акционарско друштво, као и друштво са ограниченом одговорношћу.

²⁷⁴ Закон о изменама и допунама Закона о предузећима, чл. 140а.

²⁷⁵ Закон о предузећима (*Сл. лист СРЈ*, бр. 29/96).

²⁷⁶ Закон о *gospodarskih družbah* (*Uradni list RS*, št. 30/93), čl. 6 st. 1.

²⁷⁷ М. Васиљевић, „Пробијање правне личности“, *Правни живот*, бр. 11/1995, стр. 20; М. Васиљевић, *Коментар Закона о привредним друштвима*, Београд, 2004, стр. 79.

одбора директора, одговарају за обавезе друштва, тада називаног „предузећа“, целокупном својом имовином: 1) ако су предузеће злоупотребили да би постигли циљ који је за њих забрањен; 2) ако су предузеће злоупотребили да би оштетили своје повериоце; 3) ако су, супротно прописима, поступали са имовином друштва као да је у питању њихова имовина; 4) ако су смањили имовину друштва у своју корист или у корист другог лица, а знали су или су морали знати да привредно друштво неће бити у стању да измири своје обавезе према трећим лицима.²⁷⁸ Описаним законским одређењем се заиста „нијансирано“ приступило регулисању института пробијања правне личности. С једне стране институт пробијања је посматран довољно уопштено, да се оригиналном и стручном примени права, може предупредити сваки вид злоупотребе правила о ограниченој одговорности чланова за обавезе друштва. Овакав законски приступ нарочито је потребан, с обзиром да је живот увек богатији од права, па може изнедрити облике злоупотребе правила о ограниченој одговорности које се не могу подвести под конкретне законске разлоге за пробијање правне личности. С друге стране, довољно су норме конкретизоване да се јасно могу уочити циљеви и границе института пробијања правне личности. Зато се слободно може рећи да су добро познавање компанијскоправне регулативе и духа института пробијања, уз стручност и вештину у примени права, у то време били основни предуслови за успешну примену института пробијања правне личности. Међутим, специфичност наведене законске регулативе огледа се у проширењу одговорности за пробијање правне личности, уз власнике друштва, и на чланове управе и директоре. Таква законска конструкција, у одређеном смислу, нарушава границе јасног разликовања правила о пробијању правне личности од правила о одговорности директора због повреде посебних, фидуцијарних дужности према друштву. Примена института пробијања правне личности, поред усмерености према члановима друштва, животно је логична једино према тзв. директорима у сенци, односно фактичким директорима. Зато је и у примени права одговорност у већини случајева утврђивана према члановима друштва. Примери мудре и довитљиве примене права свакако су били присутни. Поједини су у судској пракси постали типични за примену института пробијања правне личности. Наиме, до примене

²⁷⁸ Закон о предузећима (1996), чл. 54.

овог института најчешће је долазило након тада примењиваних „скраћених поступака ликвидације и стечаја“,²⁷⁹ када је суд, након давања изјаве оснивача да друштво нема никаквих неизмирених обавеза, нити имовине, у одсуству других доказа о постојању имовине друштва и података о његовим неизмиреним обавезама, доносио одлуку да се даљи поступак стечаја, односно ликвидације не спроводи, већ се исти закључује.²⁸⁰ У наведеним ситуацијама су се често, по закључењу стечајног поступка односно ликвидације, појављивали повериоци са ненаплаћеним потраживањима од привредног друштва. По тужбама ових поверилаца судови су оценили да су „оснивачи извршили пробој правне личности давањем такве нетачне изјаве, која је била једини доказ о постојању имовине предузећа и неизмирених обавеза, а која је суд довела у заблуду с обзиром да су оснивачи имовину присвојили за себе, предузеће одвели у стечај, а све у намери оштећења поверилаца“.²⁸¹ Давање нетачне изјаве о имовини од стране члана друштва у стечајном поступку било је довољно за примену института пробијања правне личности, јер је оснивач, знајући за постојање дугова друштва, давањем нетачне изјаве злоупотребио право и довео суд у заблуду, све зарад окончања стечаја по тада тзв. скраћеном поступку.²⁸² Чести су били примери да су оснивачи, углавном једночланих привредних друштава, у стању пословне и финансијске кризе, уступали потраживања као једину имовину друштва трећим лицима и тако привредно друштво доводили у стање стечаја. У оваквим ситуацијама судови су, по отварању стечајног поступка, углавном констатовали да друштво нема имовину, јер уредна пословна документација углавном није постојала, након чега се стечајни поступак закључивао без даљег спровођења, а повериоци су остајали ненамирени. По окончању поступка стицаоци уступљеног потраживања су вршили њихову наплату у своје име и за свој рачун.²⁸³ Због таквих видова злоупотребе правилно је у тадашњој судској пракси протумачено да отварање

²⁷⁹ М. Николић, „Одговорност трећих лица за обавезе стечајног дужника применом института „пробијања“ правне личности“, *Нека актуелна питања у поступку стечаја: зборник радова*, Глосаријум, Београд, 2010, стр. 112.

²⁸⁰ *Ibid.*, стр. 112 и 113. Нарочито се указује да је одлуке о закључењу стечајног поступка у описаним ситуацијама суд доносио на основу чл. 88. Закона о принудном поравнању, стечају и ликвидацији (*Сл. лист СФРЈ*, бр. 84/89 и *Сл. лист СРЈ*, бр. 37/93 и 28/95). У погледу окончања поступка ликвидације примењивана је такође одредба чл. 88., а у вези са чл. 157. наведеног закона.

²⁸¹ *Ibidem.*

²⁸² Пресуда Врховног суда Србије, Прев. бр. 229/99 од 30. децембра 2008. године.

²⁸³ *Ibidem.*

стечајног поступка не искључује примену института пробијања правне личности према оснивачу друштва. У овој правној ситуацији се пробијањем правне личности и наплатом потраживања из имовине оснивача не оштећују повериоци стечајног дужника, јер на тај начин не долази до умањења стечајне масе. Напротив, посредно се, у случају евентуалног успеха у спору поводом пробијања једног од поверилаца стечајне масе увећава проценат намирења других поверилаца. Отуда, кад год се утврди постојање злоупотребе правила о ограниченој одговорности од члана друштва, која је довела друштво до стечаја, повериоцима стоји на располагању правна могућност да своје потраживање наплате непосредно од члана друштва који је „злоупотребом или преварним радњама друштво довео до стечаја“.²⁸⁴ Неопходно је указати и да су у судској пракси примећени бројни примери стварања фиктивних или увећаних потраживања у односу на стварно постојећа. Након намирења ових фиктивних поверилаца, друштво постаје неспособно за плаћање, неретко остаје и без имовине, а све у циљу изигравања стварних поверилаца. Тако је у једној од одлука Врховног суда Србије, као ревизијског, тужилац, након немогућности намирења свог потраживања према привредном друштву у извршном поступку, тужбом тужио осниваче предузећа, а у ком поступку је установљено да је друштво спроводило компензације са појединим члановима и другим лицима у односу на која није имало прокњижене обавезе, и то у ситуацији када је текући рачун друштва био блокиран у поступку принудне наплате. У таквој ситуацији је ревизијски суд потврдио одлуку нижестепених судова, који су због уочених неправилности у пословању, односно због поступања супротно рачуноводственим прописима и регулативи о платном промету, закључили да је вршено преусмеравање пословања друштва, којим су чланови друштва лажно приказали и смањили имовину друштва, а тако и онемогућили тужиоца у наплати свог потраживања. Услед таквог поступања, закључак ревизијског суда био је, да је дошло до привида правне личности.²⁸⁵

Законом о привредним друштвима из 2004. године, било је прописано да командитори командитног друштва, чланови друштва са ограниченом

²⁸⁴ В. Марковић, „Пробијање правне личности кроз нашу судску праксу“, *Правни живот*, бр. 11/2002, стр. 258.

²⁸⁵ Пресуда Врховног суда Србије, Прев. бр. 227/08 од 10. јуна 2008. године.

одговорношћу и акционари акционарског друштва могу према трећим лицима лично одговорати за обавезе друштва ако злоупотребе привредно друштво за незаконите или преварне циљеве или ако са имовином привредног друштва располажу као да је у питању њихова сопствена имовина, односно као да привредно друштво као правно лице не постоји. У случају пробијања правне личности наведени чланови друштва солидарно одговарају за обавезе друштва. Одговорност утврђује надлежни суд, при чему се узимају у обзир све околности везане за злоупотребу, а нарочито се указује на одступање од општег правила о одговорности за обавезе друштва.²⁸⁶ Изнета регулатива превасходно уређује круг лица која се за пробијање правне личности могу сматрати одговорним. За разлику од ранијих законских решења, то могу бити само чланови одређених форми привредних друштава. Законом се јасно одређује да је у питању одговорност према трећим лицима, као и да до њеног установљавања долази у случају злоупотребе привредног друштва. Међутим, питање злоупотребе се и у овом законском тексту ограничава на два случаја: 1) злоупотребу друштва за незаконите или преварне циљеве, и 2) на располагање имовином друштва као да оно не постоји. Из духа описаног законског одређења произлази да сваки вид злоупотребе, који не указује на противзаконитост и постојање преварне радње, односно располагање имовином друштва уз занемаривање његовог постојања, не представља довољан разлог за пробијање правне личности. Уколико би се појам „злоупотребе друштва за незаконите циљеве“ протумачио у ширем смислу, тако да би се довољним разлогом за пробијање, а истовремено и „незаконитим“, сматрао сваки вид злоупотребе који одступа од основних циљева правила о ограниченој одговорности чланова, зарад нарушавања интереса поверилаца и остваривања личне користи од привредног друштва, примена института пробијања била би засигурно праћена мањом правном несигурношћу. Полако и „наизглед стидљиво“,²⁸⁷ и у примени права се појам „незаконитости циљева“ у контексту злоупотребе правила о ограниченој одговорности отпочео тумачити у ширем смислу.²⁸⁸ Заслуге за овакав, додуше не превелики, али ипак осетан

²⁸⁶ ЗОПД (2004), чл. 15 ст. 1.

²⁸⁷ М. Васиљевић (2011), стр. 74.

²⁸⁸ Пресудом Привредног апелационог суда Пж. 5446/12 од 04. јуна 2013. године, потврђена је одлука првостепеног суда којом је обавезан првотужени, оснивач и једини члан привредног

искорак у примени института пробијања превасходно припадају оштром перу српске правне умности, која је, с правом, била критички настројена не само према „колебљивом законодавцу“, већ и „...још више збуњеној...“ судској пракси.²⁸⁹ Овим снажним утицајем ауторитета, заснованог на правничком знању и искуству, очевидно је пробуђена свест о потреби за дубљом анализом института пробијања правне личности, у циљу спознаје нужности за прилагођавањем овог правног транспланта духу српског права а и потребама домаће привреде. Наведена настојања усмерена су превасходно ка оним лицима која овај институт примењују и онима који о његовој примени одлучују, како би боље препознали потребу за његовом применом. Спознаја потребе за применом института пробијања није могућа уколико се претходно не схвати чињеница да се институт пробијања не примењује строго формално, односно само у условима откривања преваре члана друштва капитала и његових незаконитих радњи, већ и у условима када његово поступање дубоко угрожава циљеве друштва којима оно примарно тежи а истовремено иде на уштрб интереса поверилаца друштва.

Указане речи критике као да је ослушнуо законодавац, па је у Закону о привредним друштвима из 2011. године препозната нужност за ширењем граница примене института пробијања правне личности. У том циљу прописано је, попут опште санкције, да ће сваки члан који по слову закона ограничено одговара за обавезе друштва до вредности улога у њему, бити одговоран за обавезе друштва уколико злоупотреби правило о ограниченој одговорности.²⁹⁰ Тако је злоупотреба

друштва, да тужиоцу, повериоцу друштва исплати износ његовог потраживања према друштву. Истом пресудом одбијен је тужиочев захтев према друготуженом директору друштва, да се обавезе на исплату износа тужиочевог потраживања које је настало према самом друштву. Из образложења одлуке произлази да је првотужени као једини члан друштва, у договору са друготуженим директором друштва, располагао имовином друштва као својом. Тако је за аутомобил купљен од стране друштва, одмах по његовој куповини, закључио уговор о преносу возила првотуженом члану друштва по троструко нижој цени, а да притом нема доказа да је и ту цену исплатио друштву. Како је, по становишту суда, овај правни посао члан друштва закључио с намером да извуче имовину из привредног друштва и да у своју корист, а на терет друштва, стекне имовину, то је дошло до испуњености услова за пробијање правне личности и утврђивање одговорности члана друштва због располагања имовином друштва као својом.

Слично је и у пресуди Привредног апелационог суда Пж. 5753/12 од 03. априла 2013. године, заузет став да одговорност оснивача за обавезе друштва може постојати само ако оснивач својим радњама или мешањем своје имовине и имовине друштва ствара код других лица привид идентитета са друштвом, да би постигао циљ који је забрањен, располагајући имовином друштва као да је у питању његова лична имовина.

²⁸⁹ М. Васиљевић (2011), стр. 74

²⁹⁰ ЗОПД (2011), чл. 18 ст. 1.

правила о ограниченој одговорности за обавезе друштва дефинисана као општи основ за примену института пробијања. Ради лакшег доказивања злоупотребе овог правила, у виду типичних примера, *exempli causa*, дефинисане су и четири ситуације чије постојање подразумева да постоји злоупотреба. Ситуације у којима се сматра да члан друштва чије су обавезе према друштву ограничене до висине улога у друштво су следеће: 1) ако употреби друштво за постизање циља који му је иначе забрањен; 2) ако користи имовину друштва или њоме располаже као да је његова лична имовина; 3) ако користи друштво или његову имовину у циљу оштећења поверилаца; 4) ако ради стицања користи за себе или трећа лица умањи имовину друштва, иако је знало или морало знати да друштво неће моћи да извршава своје обавезе.²⁹¹ Описани примери, дакле, представљају типичне ситуације које засигурно воде примени института пробијања. Међутим, оне не представљају крајње границе његове примене. Законодавац, општом нормом о забрани злоупотребе правила о ограниченој одговорности дозвољава да се препознају и спрече сви видови злоупотребе овог правила, иако нису на изричит начин предвиђени законском нормом. Ова општа формулација омогућава да се, уз одважну али и нарочито стручну примену права, препозна и спречи сваки вид чињења или нечињења, који представља злоупотребу основне сврхе правила о ограниченој одговорности за обавезе друштва. Уколико утврди постојање злоупотребе, поверилац друштва може поднети тужбу против лица чија је одговорност за обавезе друштва ограничена до висине његовог улога, у року од шест месеци од дана сазнања за злоупотребу, а најкасније у року од пет година од дана злоупотребе.²⁹² Дефинисањем јасног рока за подношење тужбе за пробијање правне личности отклоњене су раније дилеме поводом овог питања. Било је становишта у правној теорији која су пледирала да се злоупотреба правила о ограниченој одговорности треба довести у везу са неоснованим обогаћењем власника, па отуда ваља омогућити повериоцима да тужбу за пробијање правне личности могу поднети у општем, десетогодишњем року застарелости.²⁹³ С

²⁹¹ ЗОПД (2011), чл. 18 ст. 2.

²⁹² ЗОПД (2011), чл. 18 ст. 3.

²⁹³ В. Марковић (2002), стр. 260; В. Марковић, „Одговорност оснивача и привид правне личности“, *Право и привреда*, бр. 5-8/05, стр. 239.

правом је описани приступ био изложен критици,²⁹⁴ јер не одговара основној сврси института пробијања, па самим тим не доприноси правној сигурности. Прописивањем посебног субјективног и објективног рока за подношење ове тужбе, отклањају се ове правне недоумице.²⁹⁵ Објективним роком се првенствено штите повериоци, јер се њиме узима у обзир да је поверилац друштва, злоупотребом извршеном од одговорног лица, невољно спречен да своје потраживање наплати од друштва. Отуда му се пружа могућност да, попут оштећеног лица, поднесе тужбу најкасније у року од пет година од дана злоупотребе. С друге стране, субјективним роком се, зарад правне сигурности, утврђује заинтересованост повериоца за своје потраживање и његова намера да исто наплати спречавањем злоупотребе правила о ограниченој одговорности учињеној од одговорних лица. Притом, повериоцу се пружа правна могућност на подношење тужбе за пробијање и ради спречавања злоупотребе за коју, кад је поверилац дознао, његово потраживање још није доспело. У тој правној ситуацији тужба се може поднети у року од шест месеци од дана доспећа потраживања. Битно је једино да је у време чињења злоупотребе правила о ограниченој одговорности тужилац имао статус повериоца према привредном друштву, иако његово потраживање у том моменту није доспело.²⁹⁶ Услови за квалитетнију и уједначену примену права при решавању спорова поводом института пробијања правне личности створени су и прописивањем стварне надлежности искључиво привредних судова.²⁹⁷ То није био увек случај.²⁹⁸

²⁹⁴ М. Васиљевић, *Водич за примену Закона о привредним друштвима*, Београд, 2011(а), стр. 59-60.

²⁹⁵ За прописивање посебног, јасно одређеног субјективног и објективног рока предвиђеног за подношење тужбе за пробијање правне личности залагао се професор Васиљевић. Видети: М. Васиљевић (2004), стр. 91.

²⁹⁶ Правилно је у судској пракси примећено да је зарад успеха тужиоца у спору поводом пробијања правне личности „потребно да је до стварања привада привредног идентитета мешањем имовине оснивача и фирме (привредног друштва) дошло у време настанка материјалноправног односа из кога је проистекло потраживање повериоца-тужиоца, односно у току трајања тог материјално-правног односа, а не и пре настанка“. Пресуда Привредног апелационог суда Пж. 5753/12 од 03. априла 2013. године.

²⁹⁷ Закон о уређењу судова, (*Сл. гласник РС*, бр. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011 – др. закон, 78/2011 – др. закон, 101/2011, 101/2013, 106/2015, 40/2015 – др. закон и 13/2016; даље у фуснотама: Закон о уређењу судова), чл. 25 ст. 1 тач. 3. У примени права видети: Решење Привредног апелационог суда, Пж. 5452/2013 од 23. јануара 2014. године.

²⁹⁸ У време важења Закона о предузећима (1996), стварна надлежност привредних судова, у спорима насталим поводом пробијања правне личности, била је установљена у ситуацијама када је привредно друштво у време подношења тужбе постојало. Исти је случај и у ситуацији када је тужба поднета у време када је друштво било у ликвидацији или стечају. Уколико је у време

Но, и поред очигледног искорака у законодавном регулисању института пробијања, он још увек у нашој примени права није у потпуности заживео. Имајући у виду сврху којој служи и због које је у нашем правном систему установљен, а нарочито резултате који се остварују његовом применом у правним системима из којих потиче, не сме се доводити у питање опстанак овог правног института у нашем законодавству. Напротив, детаљном анализом разлога који спречавају његову учесталију примену, ширењем граница његове примене, путем потпуно независне, стручне и непристрасне примене права, уз уважавање једино потреба привреде и правде, институт пробијања може постати кудикамо значајнији инструмент превентивне и репресивне заштите од злоупотребе правила о ограниченој одговорности за обавезе друштва.

ДЕО ДРУГИ

ПРОБИЈАЊЕ ПРАВНЕ ЛИЧНОСТИ СТЕЧАЈНОГ ДУЖНИКА

Глава III

ПРОБИЈАЊЕ ПРАВНЕ ЛИЧНОСТИ У СТЕЧАЈНОМ И ВАНСТЕЧАЈНОМ ПОСТУПКУ

1. Оправданост увођења пробијања правне личности у стечајни поступак

Док је друштво солвентно, односно способно да уредно измирује обавезе према повериоцима, потреба за применом института пробијања правне личности није нарочито изражена. Нужност за пробијањем правне личности најчешће постаје видљива када привредно друштво постане инсолвентно или презадужено, тј. када дође у стање „стечаја у материјалноправном смислу“²⁹⁹. Након западања друштва у финансијске потешкоће, његови повериоци трагају за најефикаснијим методом наплате свог потраживања. У тој потрази, када се утврди да су чланови друштва, злоупотребом правила о ограниченој одговорности, довели привредно друштво у стање стечаја, примена института пробијања готово је неминовна. Неретко се, међутим, дешава да се идеја о потреби за пробијањем правне личности јави у време „стечаја у формалноправном смислу“, односно када је према привредном друштву отворен стечајни поступак.³⁰⁰

Отварање стечајног поступка према привредном друштву не представља правну препреку за примену института пробијања правне личности, дефинисаног у нашој компанијској регулативи.³⁰¹ Напротив, сама чињеница да је према привредном друштву отворен стечајни поступак, представља индицију да је до проблема у пословању стечајног дужника дошло могућом злоупотребом правила о ограниченој одговорности члана за обавезе друштва. Да ли ће се ова почетна

²⁹⁹ Под појмом „стечај у материјалноправном смислу“ подразумева се стање платежне неспособности или инсолвентности друштва, као и стање његове презадужености. О томе: В. Митровић, *op. cit.*, стр. 2; М. Велимировић, *Стечајно право*, Нови Сад, 2004, стр. 4.

³⁰⁰ „Стечај у формалноправном смислу“ је поступак који спроводи надлежни суд према стечајном дужнику ради сразмерног намирења поверилаца. В. Митровић, *op. cit.*, стр. 2-3; М. Велимировић, *op. cit.*, стр. 4.

³⁰¹ ЗОПД (2011), чл. 18.

индиција на крају и обистинити, зависи, између осталог, и од доброг познавања стечајноправне регулативе, која у описаној ситуацији чини предуслов успешне примене института пробијања. Зато је нијансирана координација норми о пробијању правне личности са стечајним прописима неизбежна у савременој примени права. Повериоцима, на тај начин, поред правне могућности да наплату свог потраживања остварују од стечајног дужника у складу са стечајним законом,³⁰² бивају доступна и одређена „допунска“ права. Тако се, оним повериоцима који су успели у спору поводом пробијања правне личности, дозвољава да своја потраживања наплате од чланова друштва, одговорних за злоупотребу правила о ограниченој одговорности. Активирањем описаног „допунског“ права корист би била вишеструка: првенствено, поверилац би могао наплатити своје потраживање, ако не у целости, засигурно у већем износу; успех и других поверилаца стечајног дужника у спору поводом пробијања правне личности чини се извеснијим, уколико нису протекли законом прописани рокови за његову примену; проценат намирења поверилаца стечајног дужника се увећава, с обзиром да након наплате потраживања од чланова друштва долази до смањења броја поверилаца стечајног дужника. Но, чак и описани позитивни ефекти, који се успешном применом института пробијања могу остварити, како у ситуацији када привредно друштво редовно послује тако и у случају када је према њему отворен стечајни поступак, нажалост, нису допринели да примена овог правног института у судској пракси буде учесталија. Напротив, правна несигурност при његовој примени нарочито је присутна, што знатно утиче на његову минималну учесталост у судској пракси. Разлози за то су бројни. Довољно је поменути неке од типичних: неизвесност у доказивању постојања злоупотребе правила о ограниченој одговорности с обзиром да повериоци, као лица изван друштва, често немају јасан увид у пословање свог дужника; обавезивање поверилаца који нису успели у спору поводом пробијања правне личности на плаћање судских трошкова, који неретко нису мали; слабо познавање института пробијања правне личности како на страни поверилаца, тако и њихових пуномоћника из реда

³⁰² Закон о стечају (*Сл. гласник РС*, бр. 104/99, 99/2011 – др. закон, 71/2012 – одлука УС; даље у фуснотама: Закон о стечају). Поред овог закона, као општег, у односу на банке и осигуравајућа друштва се у виду посебног, специјалног прописа примењује: Закон о стечају и ликвидацији банака и друштава за осигурање (*Сл. гласник РС*, бр. 14/2015; даље у фуснотама ЗСЛ).

адвоката; често присутно сужавање граница примене појма „злоупотребе правила о ограниченој одговорности“ у привредноправном окружењу, насупрот очигледне потребе ширења овог појма; непостојање искуства судија у примени овог правног института и њихова недовољна смелост да се жустрије одваже у спречавању разних видова злоупотреба од стране чланова привредног друштва.

Отуда се поставља питање, да ли институт пробијања правне личности, као правни трансплант, може заживети у српској привредноправној пракси. Притом, нужност његовог постојања у домаћој регулативи, свакако, не треба спорити. На то нас упућују искуства готово свих савремених правних система, изграђених на темељима тржишних принципа привређивања. Како је на овим принципима изграђен и домаћи привредноправни систем, који неспорно тежи усклађивању са регулативом савремених тржишних привреда, то је потреба опстанка овог правног транспланта у српском привредном праву лако уочљива. Једино је неопходно прилагодити га специфичностима српске правне традиције и позитивне регулативе, посебно ослушкујући потребе привреде, како би његова примена у потпуности заживела и били остварени циљеви због којих је трансплантиран.

Стремећи ка најефикаснијем моделу његове примене, јавља се идеја да, поред нужног постојања института пробијања у оквиру права привредних друштава која редовно послују, овај правни институт упоредо треба интегрисати и у оквиру стечајне регулативе. Коришћењем посебности стечајног поступка институт пробијања може у потпуности заживети и дати видљиве резултате. Овакав суд није дат произвољно, већ је резултат проучавања домаће стечајне регулативе и њене примене, као и анализе специфичности српског привредноправног система.

Оправданост примене института пробијања у стечајном поступку се најбоље може утврдити довођењем циљева пробијања у везу са основним циљем и начелима стечајног поступка. Тек након спознаје циља стечајног поступка и његовог поређења са сврхом постојања института пробијања правне личности, постаје видљиво да ли су њихови циљеви међусобно ускладиви. С друге стране, инкорпорирање института пробијања правне личности у стечајни поступак не би било изводљиво да не одговара начелима на којима је стечајни поступак устројен.

Отуда је, пре давања коначног суда о оправданости увођења института пробијања у стечајни поступак, нужно овај институт осматрати кроз циљ и начела стечајног поступка.

1.1. Пробијање правне личности кроз циљ и начела стечајног поступка

У позитивном стечајном законодавству Србије, стечајни поступак поима се у ширем смислу, с обзиром да обухвата како поступак банкротства, тако и поступак реорганизације. Стечајни поступак, тумачен у ужем смислу, обухватао би само банкротство. Међутим, било тумачен у ширем или ужем смислу, основни циљ стечајног поступка огледа се у тежњи за најповољнијим колективним намирењем стечајних поверилаца, остваривањем највеће могуће вредности стечајног дужника, односно његове имовине.³⁰³ Посредан циљ стечајног поступка је заштита јавног интереса. Јавни интерес се штити тако што се, након спроведеног стечајног поступка, из привредног живота уклања субјект који није могао уредно извршавати своје обавезе. На тај начин се спречава да такав субјект и даље наноси штету лицима која би евентуално са њим ступила у пословне односе.

Најповољније колективно намирење у стечајном поступку, уз истовремену заштиту јавног интереса, могуће је остварити једино уз поштовање начела на којима је тај поступак заснован. Једно од основних јесте начело универзалности, по коме сва имовина стечајног дужника служи намирењу потраживања поверилаца у стечајном поступку. Друго је начело заштите стечајних поверилаца, које обавезује на равноправан положај стечајних поверилаца истог исплатног реда и њихово сразмерно намирење. Затим следи начело ограничавања права дужника, које се превасходно манифестује у ограничавању пословне способности друштва и преношењу управљачких права органа друштва на органе стечајног поступка. Стечајни поступак одликује и начело супсидијерности, које указује да је поступак реорганизације примаран у односу на банкротство.³⁰⁴ Банкротство се проглашава

³⁰³ Закон о стечају, чл. 2.

³⁰⁴ Г. Илић-Попов, Н. Јовановић, Ј. Јовановић (ур.), *Приручник за лиценцирање стечајних управника*, Интермекс, Београд, 2005, стр. 158. Ваља поменути да је у модерним капиталистичким

тек по истицању прописаних рокова за подношење плана реорганизације, осим уколико прописана „квалификована већина“ стечајних поверилаца, на првом поверилачком рочишту, не одлучи да се стечајни поступак одмах настави банкротством стечајног дужника.³⁰⁵ На поменуто начело се логично надовезује начело „ограничене“ аутономије поверилаца. Иако се ово начело изричито не помиње у позитивној стечајној регулативи, његово постојање се не може занемарити. Како се стечајни поступак приоритетно спроводи у интересу поверилаца стечајног дужника, то се њима омогућава да, у одређеној мери, утичу на ток стечајног поступка.³⁰⁶ Посматрајући стечајни поступак само у ужем смислу, кроз банкротство стечајног дужника, приметно је и начело уновчења, које подразумева да се стечајна маса уновчава зарад исплате поверилаца из остварене новчане вредности. Следи и начело судског вођења стечајног поступка, које искључује његово вансудско спровођење. Овај поступак одликују одређена процесна начела, попут начела хитности, економичности, двостепености, наглашене писмености, а посебно ваља нагласити и начело јавности поступка.

Институт пробијања правне личности не може постати саставни део стечајне регулативе уколико је супротстављен основним циљевима стечајног поступка. Међутим, сагласно основној сврси због које је институт пробијања установљен, то није случај. Напротив, циљеви стечајног поступка подударају се са постулатима на којима институт пробијања почива. Основна сврха института

економијама један од основних економских принципа стечајног поступка посвећен охрабрењу реорганизације стечајног дужника. О томе: J. E. Stiglitz, „Bankruptcy Laws: Basic Economic Principles“, *Resolution of Financial Distress – An International Perspective on the Design of Bankruptcy Laws* (eds: S. Claessens, S. Djankov, A. Mody), 2001, стр. 2.

³⁰⁵ Закон о стечају, чл. 36 ст. 4.

³⁰⁶ У позитивном стечајном законодавству Србије, „аутономија поверилаца“ ограничена је на више начина. Примера ради, сходно чл. 32 ст. 3 и 4 Закона о стечају, предлог за разрешење и именовање новог стечајног управника може бити поднет уколико се за то изјасни три четвртине чланова одбора поверилаца, и то само на првом поверилачком рочишту или најкасније у року од шездесет дана од дана одржавања првог поверилачког рочишта. Поставља се питање зашто већини поверилаца, попут нпр. већине свих чланова скупштине поверилаца, није правно дозвољено да и у другим фазама стечајног поступка, нарочито у време уновчења и намирења стечајне масе, изгласају разрешење постојећег и именовање новог стечајног управника, који би више одговарао интересима стечајних поверилаца. Ограничење аутономије поверилаца је видљиво и у ограничењу рокова поверилаца за подношење плана реорганизације, прописаних чл. 162 Закона о стечају. Можда би у интересу поверилаца, уколико се тиме обезбеђује повољније њихово намирење у односу на поступак банкротства, требало омогућити да и у другим фазама стечајног поступка они могу поднети план реорганизације, уз евентуално потписану изјаву већинских поверилаца по вредности потраживања сваке планом предвиђене класе да су упознати са садржином плана и да су са истом сагласни.

пробијања у стечају је, такође, управљена ка најповољнијем колективном намирењу поверилаца а самим тим и ка заштити јавног интереса. Чак и уколико се говори о тзв. ванстечајном пробијању правне личности, оно на посредан начин доприноси повољнијем намирењу поверилаца стечајног дужника. То је логичан след догађаја у ситуацији када један поверилац, у случају успешног пробијања правне личности, од члана стечајног дужника наплати у целости своје потраживање. Самим тим, тај поверилац није више поверилац стечајног дужника, па стечајна маса неће бити умањена за вредност његовог потраживања. Тако осталим повериоцима преостаје већа вредност стечајне масе из које ће своја потраживања равномерно намирити. С друге стране, када би институт пробијања правне личности постао саставни део стечајне регулативе, његов утицај на повољније колективно намирење поверилаца био би непосредан. Успешна примена института пробијања у стечајном поступку допринела би увећању стечајне масе стечајног дужника.

Институт пробијања ослања се и на готово сва начела стечајног поступка. Зарад потврде складности готово свих начела стечајног поступка са институтом пробијања правне личности, ваља поћи од начела универзалности. Оно подразумева да целокупна имовина стечајног дужника служи намирењу свих његових поверилаца. Циљ увођења института пробијања у стечајну регулативу јесте да, између осталог, допринесе увећању стечајне масе, па самим тим и остваривању начела универзалности.

Применом института пробијања у стечајном поступку не сме бити нарушена равноправност стечајних поверилаца истог исплатног реда и њихово сразмерно намирење. Због тога се подразумева да увођење института пробијања у оквиру стечајне регулативе, мора бити прилагођено и начелу равноправности и сразмерности у стечајном поступку. Уколико би применом института пробијања дошло до поговора одређених поверилаца, изгубио би се смисао његовог постојања у оквирима стечајне регулативе. У том смислу, начин пробијања правне личности у стечајном поступку, а самим тим и дејство одлуке у случају успешног стечајног пробијања, мора бити у целини усклађено са начелом заштите стечајних поверилаца.

Од посебног значаја за развој института пробијања у оквирима стечајне регулативе јесте и начело аутономије поверилаца у стечајном поступку. Веће ангажовање поверилаца у току стечајног поступка, како у трагању за злоупотребама учињеним од чланова стечајног дужника пре отварања стечајног поступка, тако и кроз опсежну контролу рада стечајног управника на откривању злоупотреба правила о ограниченој одговорности и иницирању поступака за пробијање правне личности, може бити од изузетне важности за ефикасност примене овог правног института у стечајном поступку.

При расправи о усклађености института пробијања са начелима економичности и хитности могуће је уочити одређене специфичности. Уколико би се ова начела посматрала индивидуално, могло би се закључити да су у колизији са потребом увођења института пробијања у стечајни поступак. Међутим, спознајом позитивних ефеката које институт стечајног пробијања у стечајном поступку свакако може остварити, закључак би могао бити битно другачији. Наиме, у случају неувођења института пробијања у стечајни поступак, једини начин спречавања злоупотребе правила о ограниченој одговорности чланова стечајног дужника био би подношење појединачних тужби заинтересованих поверилаца у поступцима тзв. ванстечајног пробијања. У тој ситуацији би трошкови поступака по свакој појединачној тужби поверилаца засигурно били већи у односу на потенцијалну могућност да се применом института пробијања у стечајном поступку, једном тужбом остваре позитивни ефекти по све повериоце стечајног дужника. Таквим правним резонавањем је могуће оценити да институт пробијања, додуше на посредан начин, свакако доприноси јефтинијем и бржем намирењу поверилаца стечајног дужника.

Начело судског спровођења стечајног поступка, заједно са начелом императивности и преклузивности, скупа доприносе правној сигурности. Отуда она не могу бити у колизији са очигледном намером поверилаца да се, путем примене института пробијања правне личности у стечајном поступку, што потпуније намире. Нарочито је потребно нагласити значај начела јавности за ефикаснију примену института пробијања у стечајном поступку, у односу на његову примену изван стечаја. За сагледавање утицаја овог начела на успешност примене института пробијања у стечајном поступку довољно је рећи да по

отварању стечајног поступка пословне књиге стечајног дужника прелазе у државину стечајног управника и бивају доступне на увид заинтересованим повериоцима. Тада наступа и обавеза свих чланова органа управљања и других одговорних лица стечајног дужника, нарочито за финансијске послове и послове ревизије, да стечајном судији и стечајном управнику, на њихов захтев и без одлагања пруже све податке и обавештења, по потреби и извештај о економско-финансијском стању стечајног дужника.³⁰⁷ Све последице отварања стечајног поступка неспорно олакшавају откривање злоупотреба код стечајног дужника, брижљивом анализом његове пословне документације.

Из свега наведеног је могуће дати коначан суд, да се увођењем института пробијања у стечајну регулативу поспешује остваривање циљева стечајног поступка, уз апсолутно ослањање на основна начела на којима овај поступак почива.

1.2. Очекивани ефекти примене института пробијања у стечају

Оцени оправданости увођења института пробијања правне личности у стечајни поступак нужно претходи анализа ефеката које би овај институт остварио. Очекиване резултате пожељно је посматрати с правног, економског и социолошког гледишта.

Посматрано са становишта права, у најширем смислу речи, ваља поћи од чињенице да се регулисањем института пробијања правне личности у стечајном поступку тежи отклањању злоупотребе права. Одстрањивањем ове друштвене аномалије из привредног права доприноси се правној сигурности.³⁰⁸ Иначе, идеја о увођењу института пробијања у стечајни поступак не искључује пробијање правне личности стечајног дужника применом постојеће компанијске регулативе. Напротив. Могућност њиховог паралелног функционисања се подразумева. На тај начин се остварује тесна сарадња између компанијског и стечајног права. Намера увођења овог правног транспланта у стечајни поступак усмерена је и ка његовом

³⁰⁷ Закон о стечају, чл. 61.

³⁰⁸ Слично: И. Зиндовић, „Наплата потраживања и „пробијање“ правне личности“, *Правни живот*, бр. 12/2007, стр. 240.

оживљавању, учесталијој и ефикаснијој примени. Уз то, овај би се институт прилагодио потребама српске привреде. Чињеница да институт пробијања није на истоветан начин регулисан у оквирима стечајне регулативе савремених правних система, не води аутоматски закључку да исти не може постати део правног оквира нашег стечајног поступка. Јер, „не постоји универзални стечајни закон“.³⁰⁹ Сваки стечајни закон мора представљати баланс између политичких, економских и историјских специфичности једне заједнице.³¹⁰ Разноврсни и, нажалост, све присутнији видови злоупотребе правила о ограниченој одговорности члана за обавезе друштва капитала, посебно код једночланих друштава и повезаних лица, у већини случајева постају видљиви тек по отварању стечајног поступка према стечајном дужнику. Отуда постоји објективно уверење да ће се, применом института пробијања као саставног дела стечајне регулативе, последице настале описаном злоупотребом најефикасније утврдити и отклонити. Таквим приступом се реално може очекивати да ће институт пробијања најбоље одговорити интересима поверилаца, а да истовремено његова примена буде сагласна стечајним прописима.

При анализи економских ефеката очекиваних у случају увођења института пробијања у стечајни поступак, ваља поћи од претпоставке да се интегрисањем института пробијања у оквире стечајне регулативе може остварити већа корист од оне која се остварује његовом применом само кроз оквире компанијске регулативе. Постојећа пракса примене института пробијања правне личности, путем закона који регулише привредна друштва, указује на очигледну несразмеру између високих трошкова судских спорова поводом пробијања и користи која се његовом применом остварује.³¹¹ Овој несразмери свакако доприноси и изражена немогућност утврђивања постојања разлога за пробијање правне личности. Отуда је логично очекивати да је, кроз формализам стечајне регулативе и обавезу руковођења свих учесника стечајног поступка ка најбољим интересима поверилаца стечајног дужника, могуће остварити позитивније економске ефекте у односу на постојећу праксу пробијања. Сама чињеница да се једном тужбом за пробијање правне личности, покренутом у интересу свих поверилаца стечајног

³⁰⁹ J. E. Stiglitz (2001), стр. 3.

³¹⁰ *Ibidem*.

³¹¹ М. Васиљевић (2004), стр. 94-95.

дужника, објективно може очекивати већа корист, уз истовремену уштеду трошкова, оправдава увођење овог правног института у оквиру стечајних прописа. Поред изнетог, не сме се заборавити да институт пробијања у стечајном закону мора бити управљен на што повољније колективно намирење у стечајном поступку. Остваривање овог циља подразумева да економска корист од примене института стечајног пробијања буде већа од потенцијалних трошкова који у поступку ванстечајног пробијања могу настати. С обзиром да је по отварању стечајног поступка према стечајном дужнику једноставније утврдити постојање злоупотребе права, то је реалније очекивати успех у поступку пробијања правне личности, па самим тим и већу економску корист. Дакле, ризик од губитка спора знатно се умањује, а очекивана економска корист увећава. Уколико се томе надовеже чињеница да би се пробијање правне личности у стечајном поступку вршило у једном судском поступку, где би се водило рачуна о интересима свих поверилаца, животно је логично да би примена института пробијања правне личности у стечајном поступку допринела значајном увећању стечајне масе стечајног дужника. С друге стране, треба имати у виду да увођење института пробијања у стечајни закон, захтева анализу корисности промене законске регулативе и сачињавање тзв. извештаја ефеката закона.³¹² Овај извештај подразумева да уз сваки нацрт закона ваља доставити објашњење на кога и како ће највероватније утицати решења у законском тексту, какве ће трошкове створити примена закона грађанима и привреди, у складу са тим и да ли су позитивне последице закона такве да оправдавају трошкове које ће он створити, као и да ли ће бити остварена општа корист по развој тржишта. Уколико се сви изложени параметри узму у обзир, могуће је засигурно рећи да би увођење института пробијања у стечајне прописе било оправдано и по извршеној анализи ефеката закона. Значај који отклањање злоупотребе из правног система има непосредно на повериоце стечајног дужника, а посредно на све грађане и читав правни систем, а уз то и реално очекивана већа економска корист од примене института пробијања у односу на трошкове које озакоњење овог института

³¹² Пословник Владе РС (*Сл. гласник РС*, бр. 61/2006, 69/2008, 88/2009, 33/2010, 69/2010, 20/2011, 37/2011 и 30/2013), чл. 40.

захтева, доводе до закључка да је потреба за увођењем ове правне установе у оквиру стечајне регулативе, очевидна.

Посматрајући из угла очекиваних позитивних ефеката у социолошком смислу, треба поћи од чињенице да је искорењивање ма ког вида злоупотребе из једног сегмента друштва од неизмерне користи за читав колективитет. Чак и када није изричито прописима формулисана забрана злоупотребе, одсуство ове забране се не би могло толерисати, „јер је она нераздвојна од суштине самог права.“³¹³ Тако да, јасним дефинисањем забране злоупотребе правила о ограниченој одговорности у стечајном закону, готово се не би доводила у питање израженост социјалне функције те норме. Притом, нарочито треба имати у виду да је и један од социјалних ефеката озакоњења института пробијања кроз правила о стечајном поступку, видљив у реалној процени да ће његова примена имати не само репресивни утицај према учиниоцима овог вида злоупотребе. Ефикасном применом института пробијања правне личности у стечајном поступку допринеће се приметном превентивном деловању на потенцијалне учиниоце, манифестованом у одвраћању од будућих покушаја чланова да злоупотребе правило о ограниченој одговорности за обавезе друштва.

2. Однос стечајног и „ванстечајног“ пробијања правне личности

У српском праву, институт пробијања правне личности регулисан је компанијским законом.³¹⁴ Њиме се првенствено омогућава спречавање злоупотребе правила о ограниченој одговорности чланова за обавезе друштва, које је солвентно и активно обавља своју делатност. Притом, не постоји никаква правна препрека да се овај институт усмери ка члану друштва према којем је отворен стечајни поступак. Напротив, његова примена у овој ситуацији је и пожељна.³¹⁵ Отуда, коришћење појма „ванстечајно“ пробијање за означавање овог института као саставног дела компанијског закона није апсолутно прецизно. Његова се примена несметано може очекивати и у случају када је према

³¹³ Д. Стојановић, „Злоупотреба у нашој теорији, законодавству и судској пракси“, *Зборник Правног факултета у Нишу*, бр. 9/1970, стр. 98.

³¹⁴ ЗОПД (2011), чл. 18.

³¹⁵ М. Николић, *op. cit.*, стр. 111.

привредном друштву отворен стечајни поступак. Поменути терминологија се користи једино због разликовања од института пробијања који би чинио саставни део стечајне регулативе. Циљ ове дистинкције управљен је на утврђивање односа института пробијања који чини саставни део компанијског закона од института пробијања као саставног дела стечајних прописа.

Полазна основа при изучавању односа стечајног и „ванстечајног“ пробијања јесте, свакако, поље њихове примене. Неспорно је да се институт пробијања, регулисан одредбама компанијског закона, примењује према друштвима која активно послују. Но, не постоји правна сметња да се применом одредаба компанијског закона, пробија и правна личност друштва према коме је отворен стечајни поступак. Чак је такво чињење и препоручљиво.³¹⁶ С друге стране, стечајно пробијање правне личности могуће је вршити само путем правила о стечајном поступку. Овде стечајни поступак ваља посматрати у ширем смислу, што подразумева да је стечајно пробијање дозвољено како у поступку банкрутства, тако и у поступку реорганизације. Описане границе примене стечајног и „ванстечајног“ пробијања, доводе до одређених сличности и разлика ова два института. Отуда ће на овом месту бити посвећена нарочита пажња трагању за специфичностима у односу стечајног и „ванстечајног“ пробијања.

Без обзира којим правним прописом био регулисан, институт пробијања одликује истоветност циљева који се његовим озакоњењем желе постићи. Подједнако као „ванстечајно“, и стечајно пробијање има за циљ отклањање штетних последица злоупотребе правила о ограниченој одговорности чланова за обавезе друштва. Успешно пробијање узрокује изрицање санкција лицима одговорним за злоупотребу.³¹⁷ Тако се, по угледу на остале грађанскоправне санкције, било стечајним или „ванстечајним“ пробијањем, остварују негативни и позитивни циљеви.³¹⁸ Негативан циљ остварује се тако што се повериоцима, применом института пробијања, омогућава отклањање штетних последица злоупотребе правила о ограниченој одговорности, успостављањем неограничене и солидарне одговорности учинилаца злоупотребе за обавезе друштва. Позитиван

³¹⁶ М. Васиљевић, „Право и привредно пословање“, *Право и привреда*, бр. 4-6/2016, стр. 34-37.

³¹⁷ Н. Јовановић, „Пробијање правног субјективитета компанија“, *Правни живот*, бр. 10/1997, стр. 868.

³¹⁸ *Ibidem*.

циљ видљив је најчешће код повезаних друштава, где се, начелно одвојени привредни субјекти, у случају успешног пробијања, посматрају као заједница.³¹⁹ Повезаност стечајног и „ванстечајног“ пробијања произлази и из теоријских основа на којима почивају. Идентични су и разлози који доводе до пробијања правне личности у оба случаја. Сличност постоји и поводом правног средства за пробијање правне личности, јер се у оба случаја правна личност пробија тужбом у судском поступку. Имајући у виду законодавно уређење надлежности судова у нашем правосудном систему, истоветност постоји и по питању стварно надлежног суда који одлучује, како поводом стечајног, тако и у погледу „ванстечајног“ пробијања. С обзиром да се и „ванстечајно“ пробијање, паралелно са стечајним, може примењивати и у случају када је према друштву отворен стечајни поступак, то понекад може бити сличан и правни положај пасивно легитимисаног лица. Мада то не мора увек бити случај, јер се „ванстечајно“ пробијање може вршити и када привредно друштво није у стечају, док код стечајног пробијања таква могућност не постоји.

Специфичности стечајног поступка, међутим, доводе до одређених посебности пробијања правне личности у стечајном поступку у односу на примену овог института изван стечаја. Различитости су нарочито видљиве при разматрању овлашћених субјеката за пробијање, особеном дејству одлуке о пробијању и последицама до којих пробијање доводи у стечају, у односу на његову „ванстечајну“ примену.

Како у стечајном поступку учешће узимају посебни, законом утврђени стечајни органи, очевидна је дилема ко могу бити активно стварно и процесно легитимисана лица за пробијање правне личности. У „ванстечајном“ пробијању је неспорно да су повериоци искључиви носиоци правног овлашћења за пробијање, па самим тим и права на подношење тужбе за наплату потраживања од члана друштва. Код стечајног пробијања, зарад ефикасности пробијања, примарну улогу треба дати стечајном управнику. Као стручно лице, које је дужно да, под надзором суда, сакупља и уновчава имовину стечајног дужника,³²⁰ и да, уз

³¹⁹ *Ibidem.*

³²⁰ Г. Илић-Попов, Н. Јовановић, Ј. Јовановић (ур.), *op. cit.*, стр. 171.

нарочиту пажњу,³²¹ брине о најповољнијем намирењу поверилаца, стечајни управник може најбоље одговорити сложеним захтевима трагања за разлозима пробијања, а потом и утврђивања њиховог постојања у судском поступку. Посебности стечајног поступка узрокују и расправу о дејству судске одлуке у случају успеха у спору поводом пробијања правне личности. Код „ванстечајног“ пробијања, одлука суда непосредно служи задовољењу интереса повериоца који је посегнуо за применом овог института. У стечајном поступку, где се повериоци намирују колективно, одлука суда о пробијању правне личности стечајног дужника има дејство према свим његовим повериоцима. Самим тим, и последице пробијања правне личности стечајног дужника су, очито, прилагођене свим особеностима стечајне регулативе.

На темељу описаних посебности ваља засновати расправу о потреби постојања посебног нормативног оквира за примену института пробијања у стечајном поступку. Нарочитост правних последица до којих отварање стечајног поступка доводи и особеност последица које стечајним пробијањем могу наступити, указују на нужност постојања специфичних правила о стечајном пробијању. Ова правила морају одговорити потреби за сразмерним и колективним намирењем свих стечајних поверилаца. Самим тим и последице пробијања у стечајном поступку су нарочито специфичне, па их ваља детаљно изучити. Ипак, расправа о потреби за посебним нормативним оквиром о примени института пробијања у стечају не угрожава пробијање правне личности стечајног дужника и путем постојеће регулативе о привредним друштвима. Увођење института пробијања у стечајни поступак би се сматрало додатним инструментом заштите поверилаца, уз већ постојећу регулативу о „ванстечајном“ пробијању. Стварањем адекватног правног оквира за примену овог правног института у стечајном поступку знатно би се допринело ефикасности намирења поверилаца стечајног дужника.

³²¹ К. А. Alces, „Enforcing Corporate Fiduciary Duties in Bankruptcy“, *Kansas Law Review*, Vol. 56(1), 2007, стр. 144.

Глава IV

СУБЈЕКТИ ПРАВА ПРОБИЈАЊА У СТЕЧАЈНОМ ПОСТУПКУ

1. Надлежни орган за одлучивање о стечајном пробијању

Под субјектима права пробијања у стечајном поступку подразумевају се сви учесници поступка пробијања. Субјектима овог поступка првенствено се сматрају лица овлашћена за истицање захтева за пробијање правне личности, као и лица против којих су последице пробијања управљене. Тада се говори о активним и пасивним носиоцима стварне, односно процесне легитимације. Но, како се злоупотреба правила о ограниченој одговорности, по правилу, утврђује у судском поступку, то је неизбежна расправа о надлежном органу који спроводи поступак стечајног пробијања. Због строгог формализма читавог стечајног поступка, логично је претпоставити да се и стечајно пробијање правне личности може вршити једино у судском поступку. С обзиром да је спор поводом пробијања, по својој правној природи, грађанскоправни, то о његовом решавању одлучује стварно и месно надлежан суд у парници, „као редовном начину решавања грађанскоправних спорова“.³²²

Овде постаје очевидно питање дозвољености мирног решавања спора поводом пробијања правне личности, путем посредовања (медијације). Имајући у виду да се стечајни поступак, води како у интересу поверилаца, тако и у јавном интересу, при разматрању овог питања нужно је бити нарочито обазрив. Начелно, мирно решавање спорова препоручује се и у оквиру парничног поступка, кроз обавезу суда да парничне странке упуту на посредовање.³²³ Наведено упућује да је спор поводом пробијања могуће решити мирним путем, уколико постоји добра воља учесника у спору, а да су тиме истовремено задовољени и интереси поверилаца у стечајном поступку. То би практично значило, у већини случајева, да члан друштва, као учинилац злоупотребе правила о ограниченој одговорности, призна своју одговорност и прихвати њене последице. Притом, треба имати у виду и да је медијација у нашој позитивној стечајној регулативи, једино могућа

³²² Г. Станковић, *Грађанско процесно право*, прва свеска, Ниш, 2007, стр. 49.

³²³ Закон о парничном поступку (*Сл. гласник РС*, бр. 72/11, 49/2013 – одлука УС, 74/2013 – одлука УС и 55/14; даље у фуснотама: ЗПП), чл. 11.

код решавања спорова поводом оспореног потраживања у том поступку.³²⁴ Због тога је решавање спорова поводом пробијања мирним путем, нереално очекивати као честу појаву у пракси.

Након кратке расправе о мирном решавању спорова о стечајном пробијању, логично се надовезује дилема о могућности спровођења стечајног пробијања пред арбитражом, као алтернативним видом решавања спорова. Ово питање се посебно актуализује код присутних тумачења о потенцијалном ширењу арбитражног споразума на непотписнице, посебно у случају пробијања правне личности.³²⁵ Наиме, иако се решавање спора путем арбитраже везује за постојање арбитражног споразума странака,³²⁶ заговара се могућност проширења арбитражног споразума и на непотписнице, да би се на тај начин спречила злоупотреба права³²⁷ или било која друга „франдулозна радња“³²⁸. О овом питању свакако вреди расправљати у оквиру „ванстечајног“ пробијања. Међутим, специфичности стечајне регулативе налажу другачији приступ наведеном питању у случају стечајног пробијања. У сваком државно-правном поретку стечајна регулатива је праћена испреплетаношћу бројних интереса. Првенствено се намећу интереси стечајних, а потом и других поверилаца. Овде је и интерес државе значајно изражен. Због тога се у оквирима стечајне процедуре тешко може наћи простора да решавање спорова који произлазе из стечајног поступка буду препуштени другим органима а не судовима. У том смислу је у оквиру српске позитивне стечајне регулативе, по питању међународне надлежности, изричито прописано да је суд Републике Србије искључиво међународно надлежан за све спорове који произлазе из стечајног поступка.³²⁹ То би значило да у ситуацији када би се водио спор поводом стечајног пробијања са елементом иностраности,

³²⁴ ЗОС, чл. 115.

³²⁵ М. Mraz, „Extension of arbitration agreement to non – signatories: some reflections on Swiss judicial practice“, *Annals FLB – Belgrade Law Review*, No. 3/2009, стр. 61-62; Y. Kryvoi, „Piercing the Corporate Veil in International Arbitration“, *The Global Business Law Review*, Vol. 1:169, 2011, стр. 181-185; А. Миновић, М. Матовић, „Институт пробијања правне личности и његова примена приликом проширења арбитражних споразума/клаузула на непотписнице“, *Право и привреда*, бр. 4-6/2012, стр. 192-196.

³²⁶ Закон о арбитражи (*Сл. гласник РС*, бр. 46/2006), чл. 4 ст. 1.

³²⁷ М. Mraz, *op. cit.*, стр. 61.

³²⁸ А. Миновић, М. Матовић, *op. cit.*, стр. 195.

³²⁹ Закон о стечају, чл. 174а ст. 1.

искључиво би био надлежан национални суд. Отуда, не би било правично да се и по питању стечајног пробијања без страног елемента другачије поступа.³³⁰

Следствено наведеном, произлази да се спор поводом стечајног пробијања може решавати само у судском поступку. То надаље ствара дилему о стварној и месној надлежности суда за поступање у овим споровима. С обзиром да се стварна надлежност суда одређује према врсти спорне ствари,³³¹ то српска позитивна регулатива о уређењу судова упућује на стварну надлежност привредних судова.³³² Тако су и за суђење у споровима поводом „ванстечајног“ и стечајног пробијања стварно надлежни судови исте врсте.³³³ Месна надлежност суда за стечајно пробијање правне личности искључиво је везана за суд који спроводи стечајни поступак.³³⁴ На тај начин се сви спорови поводом одређеног стечајног дужника концентришу у суду према месту његовог седишта. Иако се описаним законским решењем свесно одступа од једног од основних правила парничног поступка, да тужилац следи место туженог (лат. *Actor sequitur forum rei*), његови позитивни ефекти се не могу оспорити. Везивањем свих спорова поводом и у вези са стечајем стечајног дужника за месно надлежан суд који спроводи стечајни поступак се првенствено доприноси економичности парничних поступака у којима је стечајни дужник тужена страна. Ово из разлога што је могуће спојити парнице у случају када је један тужени противник више тужилаца

³³⁰ Питање стечајног пробијања не треба поистовећивати са могућношћу решавања спорова поводом оспорених потраживања између повериоца и стечајног дужника, а међу којима је раније постигнут арбитражни споразум или је чак, до момента отварања стечајног поступка према стечајном дужнику текао арбитражни поступак. У оваквим ситуацијама, за разлику од спорова стечајног пробијања, све су убедљивији аргументи да спорови за утврђивање оспореног потраживања могу бити решавани пред арбитражом, уколико се ради о арбитрабилним споровима праћених арбитражним споразумом. О томе: М. Станивуковић, „Закон о стечају и арбитража“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 1/2014, стр. 119-134.

³³¹ Г. Станковић, *op. cit.*, стр. 103.

³³² Решење Привредног апелационог суда Пж. бр. 5452/2013 од 23. јануара 2014. године; решење Вишег трговинског суда Пж. 3068/2003 од 23. априла 2003. године.

³³³ Законом о уређењу судова је у чл. 25 ст. 1 тач. 3, прописано да привредни суд суди у споровима који произлазе из примене Закона о привредним друштвима или примене других прописа о организацији и статусу привредних субјеката, као и у споровима о примени прописа о приватизацији и хартијама о вредностима. Како је „ванстечајно“ пробијање регулисано Законом о привредним друштвима, то решавање ових спорова спада у надлежност привредних судова. С друге стране, и за тзв. стечајно пробијање су стварно надлежни поменути судови, с обзиром да је у тач. 4 истог става наведеног члана Закона о уређењу судова, регулисано да све спорове поводом стечаја суде привредни судови.

³³⁴ ЗПП, чл. 58.

а предмет спора је у свим парницима исте или сличне природе.³³⁵ За све спојене парнице може се донети заједничка пресуда. На тај начин се води рачуна и о економичности вођења стечајног поступка према туженом стечајном дужнику, јер смањење трошкова парничних поступака непосредно утиче на очување његове стечајне масе. Функционално надлежан је судија појединац који суди у парничном поступку.³³⁶

2. Активно легитимисани субјекти

У грађанском процесном праву се разликују појмови стварне легитимације (лат. *legitimitio ad causam*) и процесне легитимације (лат. *legitimitio ad processam*). Стварна легитимација постоји уколико је странка носилац права и обавеза из једног материјалноправног односа у коме је дошло до спора.³³⁷ Она указује на постојање материјалноправне везе између странке и предмета спора. Тако, стварна легитимација припада само учесницима спорног правног односа. Трећа лица, која нису учесници тог материјалноправног односа, нису стварно легитимисана.³³⁸ Процена постојања стварне легитимације заснована је на правилима материјалног, а не процесног права. Иначе, стварна легитимација може бити активна и пасивна. Активно стварно легитимисан је носилац правног овлашћења у материјалноправном односу, док је пасивно стварно легитимисан носилац правне дужности. С друге стране, процесна легитимација представља правно „овлашћење да се за заштиту или остварење једног грађанског субјективног права“³³⁹ поднесе тужба. Дакле, она указује на овлашћење странке за вођење једне парнице, уколико је посебним законом прописано њено право да захтева правну заштиту одређене садржине или уколико има правни интерес за вођење конкретне парнице. Такође, може бити активна и пасивна.

С обзиром да је потребно појаснити ко су лица која би у стечајном поступку била овлашћена за пробијање правне личности, применом правила

³³⁵ ЗПП, чл. 328 ст. 1.

³³⁶ ЗПП, чл. 34 и 35.

³³⁷ Г. Станковић, *op. cit.*, стр. 154.

³³⁸ *Ibidem*.

³³⁹ Г. Станковић, *op. cit.*, стр. 155.

стечајног права, о томе ваља полемисати. Отуда ће у овом делу бити говора о лицима која су активно стварно и/или процесно легитимисана за иницирање поступка пробијања правне личности у стечајном поступку.

2.1. Повериоци као активно легитимисани субјекти

Код „ванстечајног“ пробијања, правни поредак признаје повериоцима привредног друштва право да, у случају када члан друштва злоупотреби правило о ограниченој одговорности за обавезе друштва, поднесе тужбу против члана друштва, са захтевом да се тужени члан обавезе да повериоцу исплати потраживање које је настало према самом друштву. Уколико се има у виду да је члан друштва злоупотребу учинио ка друштву, то поверилац друштва није непосредан учесник материјалноправног односа поводом чињења злоупотребе. Међутим, њему правни поредак признаје посебно овлашћење да у таквој ситуацији, због скривљене немогућности наплате потраживања од самог друштва, поднесе тужбу против члана, као учиниоца злоупотребе, и обавезе га на исплату дуга друштва према повериоцу. С обзиром да за повериоца овај правни прерогатив, по својој природи, представља „допунско“ право, то је повериоцу призната активна стварна и процесна легитимација за учешће у поступку пробијања правне личности.

При расправи о овлашћењу поверилаца да пробијају правну личност по правилима стечајног поступка, ваља поћи од претпоставке да ће ефекти стечајног пробијања бити од утицаја на све повериоце стечајног дужника. Док је идеја „ванстечајног“ пробијања „чисто индивидуалистичка“,³⁴⁰ односно везана за намирење потраживања одређеног повериоца, пробијање у стечају се „врши колективно“³⁴¹. То значи да судска одлука у спору поводом пробијања правне личности у стечајном поступку има другачије правно дејство у односу на одлуку код „ванстечајног“ пробијања. Таква одлука утицала би на намирење свих поверилаца у стечајном поступку. На тај начин се свакако умањује правни интерес поверилаца да посегну за стечајним пробијањем. Повериоцима, с друге

³⁴⁰ Т. Делибашић, *Пробијање правних радњи стечајног дужника*, Београд, 1999, стр. 154 и 263.

³⁴¹ О. Госпавић, *Стечајно право Краљевине Југославије*, Београд, 1936, стр. 56-57.

стране, истовремено стоји на располагању могућност покретања поступка „ванстечајног“ пробијања, у оквиру којег поверилац може извесније наплатити само своје потраживање. Притом, на страни повериоца је још већи ризик сношења трошкова у стечајном пробијању него код „ванстечајног“ пробијања. Ово из разлога што у поступку стечајног пробијања, уколико поверилац оствари успех у спору, користи наведеног успеха би уживали сви повериоци стечајног дужника. Међутим, ако поверилац не би успео у спору стечајног пробијања, самостално би сносио обавезу накнаде стварно насталих парничних трошкова. Отуда произлази да ризик сношења трошкова на страни повериоца у стечајном пробијању постаје већи него у поступку „ванстечајног“ пробијања. Управо ови разлози утичу на оцену да учешће поверилаца као активно легитимисаних лица у поступку стечајног пробијања, неће бити значајно. Заправо, њихов интерес за иницирање поступка стечајног пробијања је дискутабилан. Можда би, уместо давања активне легитимације повериоцима за подношење тужбе за стечајно пробијање, било сврсисходније предвидети могућност снажног утицаја поверилаца, преко поверилачких органа, на стечајног управника, којим би се стечајни управник мотивисао на иницирање поступка стечајног пробијања. Овде се превасходно мисли на деловање поверилаца преко одбора поверилаца, путем којег би се, уз сарадњу са стечајним управником и контролисање његовог рада, могао остварити значајан утицај на његово залагање у поступцима стечајног пробијања. На тај начин би се у пуној мери могао остварити ефекат заштите интереса поверилаца,³⁴² а истовремено избегла могућност стварања ризика да услед евентуалног неуспеха у поступку стечајног пробијања, терет сношења трошкова поступка падне на повериоце. Но, с друге стране, не би било пожељно стечајног управника ограничавати на подношење тужбе за стечајно пробијање каквом обавезом саглашавања одбора поверилаца са овом радњом, имајући у виду да спречавање сваког вида злоупотребе не иде у прилог само интересима поверилаца стечајног дужника, већ је и у јавном интересу. Отуда се може сматрати довољним прописивање могућности чланова одбора поверилаца да кроз своје деловање могу утицати на стечајног управника да иницира поступак пробијања уколико примете

³⁴² Н. Eidenmüller, W. Schon (eds.), *The Law and Economics of Creditor Protection*, The Hague, 2008, стр. 87-92.

да постоје разлози за такво деловање, али га никако не би ваљало ограничавати у коришћењу овог правног прерогатива.

Међутим, и поред изнетог, крајњу процену о давању овлашћења повериоцима да пробијају правну личност стечајног дужника и утврђују постојање злоупотребе правила о ограниченој одговорности његових чланова у поступку стечајног пробијања извршиће законодавац. Како је учињеном злоупотребом повређено субјективно право поверилаца на намирење од стечајног дужника, а истовремено и јавни интерес, законодавац може проценити да би било целисходно оставити повериоцима право на иницирање поступка не само „ванстечајног“, већ и стечајног пробијања. Због такве правне могућности, нужно је, макар са теоријскоправне тачке гледишта, анализирати положај поверилаца у случају да им државно-правни поредак призна активну стварну и процесну легитимацију у поступку стечајног пробијања.

Имајући у виду да се у позитивној стечајној регулативи разликују стечајни,³⁴³ разлучни,³⁴⁴ заложни³⁴⁵ и излучни повериоци,³⁴⁶ требало би отклонити дилему да ли овлашћење на пробијање правне личности ваља припасти свим овим повериоцима, или само одређеној категорији поверилаца. Полазећи од основних принципа стечајног поступка може се закључити да једино стечајни повериоци теже најповољнијем колективном и сразмерном намирењу у стечајном поступку. Код разлучних, заложних и излучних поверилаца, то није случај. Они траже „индивидуалну заштиту“,³⁴⁷ односно, насупрот стечајним повериоцима, теже задовољењу једино својих права. Па, како одлука о пробијању у стечајном поступку има правно дејство на све стечајне повериоце, то би практично значило да су једино стечајни повериоци овлашћени за пробијање правне личности у стечајном поступку.

³⁴³ Закон о стечају, чл. 48.

³⁴⁴ Закон о стечају, чл. 49. ст. 1.

³⁴⁵ Закон о стечају, чл. 49. ст. 5. О положају заложних поверилаца у стечајном поступку и проблемима насталим поводом њиховог законског регулисања, видети: М. Радовић, „Положај заложних („хипотекарних“) поверилаца у стечајном поступку“, *Право и привреда*, бр. 4-6/2014, стр. 245-260.

³⁴⁶ Закон о стечају, чл. 50 ст. 1.

³⁴⁷ Т. Делибашић (1999), стр. 161.

Ипак, приликом доношења наведеног закључка не би ваљало бити искључив. Треба имати у виду да и различни повериоци у стечајном поступку могу учинити вероватним да ће се појавити у улози стечајних поверилаца. Вероватност необезбеђеног потраживања они могу доказивати достављањем процене вредности имовине која представља предмет различног права од стране овлашћеног проценитеља, која не може бити старија од дванаест месеци.³⁴⁸ Тада им се дозвољава учешће у скупштини поверилаца. С друге стране, може се десити да предмет обезбеђења на коме различни повериоци заснивају право првенственог намирења не буде довољан за њихово потпуно намирење. У таквој ситуацији, ако без своје кривице нису могли намирити своје различно потраживање, различни повериоци ће преостали износ потраживања намирити као стечајни повериоци.³⁴⁹ Изнетом ваља додати и могућност да се различни повериоци одрекну свог различног права. Према српској позитивној стечајној регулативи, то могу учинити подношењем писане изјаве о одрицању од статуса различног повериоца стечајном судији и стечајном управнику, истовремено са захтевом за брисање терета који се подноси надлежном регистру.

Притом, и у погледу излучних поверилаца ваља истаћи да, уколико предмет излучења буде отуђен пре отварања стечајног поступка према стечајном дужнику, он може захтевати да се на њега пренесе право на противчинидбу ако она још није извршена, а ако је извршена, има право на накнаду штете као стечајни поверилац.³⁵⁰ Када стечајни дужник у току стечајног поступка неовлашћено отуђи предмет излучења, излучни поверилац стиче право на намирење износа у висини тржишне вредности ствари, а који се измирује као обавеза стечајне масе.³⁵¹ Обавезе стечајне масе се намирују приоритетно, по пуном намирењу трошкова стечајног поступка.³⁵²

Следом наведеног, уколико се уопште процени да повериоцима треба дати овлашћење за иницирање поступка стечајног пробијања, може се оправдано

³⁴⁸ Закон о стечају, чл. 35 ст. 3.

³⁴⁹ Закон о стечају, чл. 49 ст. 4.

³⁵⁰ Закон о стечају, чл. 102 ст. 2.

³⁵¹ М. Радовић, „Стечајноправне последице неовлашћеног отуђења предмета излучног права“, *Развој правног система Србије и хармонизација са правом ЕУ: прилози Пројекту 2010*, Београд, 2010, стр. 82.

³⁵² М. Радовић, *Правни третман камате у стечајном поступку*, Преддокторски рад, Правни факултет у Београду, Архива, 2012, стр. 21.

размотрити и могућност да се, поред стечајних, правни прерогатив за пробијање правне личности стави на располагање различитим и излучним повериоцима, с обзиром да у одређеним ситуацијама њихов правни положај може бити близак статусу стечајних поверилаца. Притом, за такво поступање не постоји правна сметња. Штавише, с обзиром да отклањање свих видова злоупотребе права, између осталог, служи и заштити јавног интереса, то би шири приступ кругу поверилаца овлашћених за пробијање правне личности у стечајном поступку био целисходнији.

Евентуалне дилеме о врсти потраживања које поверилац ваља поседовати како би био овлашћен за стечајно пробијање, у већој мери су отклоњене нормама које уређују правна дејства отварања стечајног поступка на потраживања. Како се даном отварања стечајног поступка недоследна потраживања поверилаца сматрају доспелим,³⁵³ то повериоци недоследних тражбина из времена пре отварања стечајног поступка имају једнако право на стечајно пробијање попут поверилаца чије су тражбине доспеле. За стечајно пробијање су овлашћени како повериоци неновчаних и новчаних потраживања, повериоци условних тражбина, тако и повериоци потраживања која имају за предмет повремена давања.

Није од утицаја ни висина опредељеног потраживања. Дилема настаје једино поводом питања његове основаности. Да ли активну легитимацију за подношење тужбе за пробијање правне личности треба дати само повериоцима са потраживањима чија је основаност утврђена у стечајном поступку, или је довољно да повериоци своје потраживање учине „вероватним“. Одговору на ово питање свакако претходи обавеза појашњења појма поверилаца са „вероватним потраживањем“.³⁵⁴ То су сви повериоци који су потраживања, пре свега, уредно пријавили у стечајном поступку. „Вероватност“ основаности пријављених потраживања се претпоставља до момента испитивања основаности пријављених потраживања у стечајном поступку. Након испитивања пријављених потраживања у стечајном поступку, статус повериоца са „вероватним потраживањем“ имају они повериоци, којима је пријављено потраживање делимично или у потпуности

³⁵³ Закон о стечају, чл. 81.

³⁵⁴ Р. Кашанин, Р. Нешковић, И. Лекић, *Коментар Закона о санацији и престанку организација удруженог рада*, Београд, 1981, стр. 294.

оспорено, све до момента док се њихова основаност не испита у парничном поступку. У погледу поверилаца чије је потраживање делимично признато нема недоумица. Њих ваља овластити за стечајно пробијање. Што се тиче поверилаца чија су потраживања у целости оспорена у стечајном поступку, дилеме су знатно израженије. У потрази за могућим решењима овог питања пожељно је направити паралелу са регулативом о праву поверилаца оспорених потраживања на подношење побојне тужбе (лат. *actio pauliana*). У ранијој судској пракси било је прихваћено становиште да поступке о побијању могу иницирати само повериоци утврђених потраживања.³⁵⁵ Касније је и у правној теорији брањена аргументација да повериоцу упућеном на парницу за утврђење потраживања не треба признати активну легитимацију субјекта побијања. Изнето тумачење засновано је на тврдњи да поверилац оспореног потраживања може обавестити стечајног управника или остале повериоце да могу одређени правни посао или правну радњу побијати.³⁵⁶ Због недостатка снажне аргументације у прилог опстанка изнете тврдње, оправдано је, у нашој савременој судској пракси,³⁵⁷ устаљен став да активну легитимацију за побијање правног посла или радњи има и поверилац чије је потраживање оспорено, уколико у року предвиђеном стечајним законом, поднесе тужбу ради утврђивања оспореног потраживања или уредан предлог за наставак поступка у циљу утврђивања његове основаности. Међутим, уколико овај поступак буде окончан одбијањем тужбеног захтева за утврђење основаности потраживања, тај поверилац губи активну легитимацију за даље вођење поступка за побијање правних послова и радњи стечајног дужника. Следећи наведену логику, било би ваљано приклонити се мишљењу да би повериоце са оспореним потраживањем у стечајном поступку требало сматрати активно стварно и процесно легитимисаним за стечајно пробијање, уколико у року предвиђеном стечајним законом,³⁵⁸ поднесу тужбу ради утврђивања оспореног потраживања или уредан предлог за наставак поступка у циљу утврђивања његове основаности. Исто тако, уколико би се у току поступка за стечајно пробијање испоставило да

³⁵⁵ Пресуда Врховног привредног суда, Сл. бр. 184/1957 од 13. јуна 1957. године.

³⁵⁶ Т. Делибашић (1999), стр. 163.

³⁵⁷ Ф. Цимерман (нем. *F. Zimmermann*), Ј. Обућина, И. Миловановић, *Побијање правних радњи стечајног дужника*, Београд, 2015, стр. 34.

³⁵⁸ Сходно чл. 117 ст. 1 Закона о стечају, рок за подношење тужбе ради утврђивања оспореног потраживања, односно предлога за наставак прекинутог поступка износи петнаест дана од дана пријема закључка о коначној листи признатих и оспорених потраживања.

поверилац није успео у спору за утврђење основаности свог потраживања, изгубио би активну стварну и процесну легитимацију за даље вођење поступка стечајног пробијања.

Притом, поступак пробијања правне личности може иницирати и више поверилаца истовремено. У том случају они би имали статус јединствених супарничара, што подразумева да би поступак пробијања био решен истоветно према свим подносиоцима захтева. Заинтересовани повериоци могу бити и накнадно укључени у поступак пробијања, ступањем у парницу у својству умешача.³⁵⁹

2.2. Улога стечајног управника у стечајном пробијању

Уколико би искључиво повериоци стечајног дужника били овлашћени на пробијање правне личности по правилима стечајног поступка, не би било суштинских разлика у односу на „ванстечајно“ пробијање. Штавише, повериоци би били мање мотивисани на пробијање по правилима стечајног поступка, имајући у виду да ће одлука суда, у случају успеха у спору, имати правно дејство према свим стечајним повериоцима, а не само према повериоцу који је остварио успех у спору. Опстали би и препознатљиви проблеми у примени института пробијања, манифестовани у ризику повериоца да ће, у случају неуспеха у спору, сносити трошкове судског поступка. Наведено указује на нужност проширења круга лица овлашћених за стечајно пробијање, или чак, давања искључивог овлашћења другим органима стечајног поступка на иницирање поступка стечајног пробијања. С обзиром на свој специфичан положај у стечајном поступку, логично се на овом месту јавља питање улоге стечајног управника у поступку стечајног пробијања.

Стечајни управник се, као посебан стечајни орган, у правној литератури тројако тумачи. Према теорији заступања, постоји дилема да ли се стечајни управник јавља као заступник стечајног дужника, поверилаца или стечајне

³⁵⁹ ЗПП, чл. 215.

масе.³⁶⁰ Често се стечајни управник посматра као заступник стечајног дужника. Ипак, код ове тврдње не треба бити искључив. Стечајни управник најчешће иступа у интересу стечајног дужника. Он формално ступа у положај органа управљања стечајног дужника. Међутим, стечајни управник често поступа и противно интересима стечајног дужника. Он побија његове правне послове и одређене правне радње, када за то постоје услови. Отуда се не би са потпуном сигурношћу могло оценити да стечајни управник искључиво заступа интересе стечајног дужника. С друге стране, стечајни управник у већини случајева иступа у интересу поверилаца, с обзиром да је то основни циљ стечајног поступка. Но, и по овом питању има изузетака. Он оспорава потраживања поверилаца уколико постоји сумња у њихову основаност. На тај начин штите се заједнички интереси свих поверилаца,³⁶¹ а не сваког појединачно. Међутим, заједнички интереси поверилаца нису једини о којима стечајни управник мора бринути. Он је дужан да води рачуна и о јавном интересу. Није одржива ни тврдња да стечајни управник заступа једино интересе стечајне масе. Наиме, у историји српског стечајног права, стечајна маса није имала правни субјективитет. Позитивна стечајна регулатива признаје стечајној маси ограничени субјективитет, и то само уколико у току стечајног поступка дође до продаје стечајног дужника као правног лица. Након извршене продаје стечајног дужника као правног лица, долази до обустављања стечајног поступка према стечајном дужнику а новац остварен продајом, као и имовина која није продата, улазе у стечајну масу, у односу на коју се стечајни поступак наставља.³⁶² Стечајна маса се тада региструје у регистру привредних субјеката и заступа је стечајни управник. Иако нема статус правног лица, њој се признаје активна легитимација за учешће у споровима вођеним за наплату потраживања стечајне масе. У питању су потраживања поводом којих је изричито у уговору о продаји стечајног дужника као правног лица дефинисано да чине саставни део стечајне масе. У судској пракси јој се признаје и пасивна стварна и процесна легитимација у споровима који терете стечајну масу.³⁶³ Међутим,

³⁶⁰ В. Митровић, *op. cit.*, стр. 49.

³⁶¹ О. Госпавић, *op. cit.*, стр. 62.

³⁶² Закон о стечају, чл. 136 ст. 1-3.

³⁶³ Овде се најчешће говори о споровима који су евидентирани у решењу о обустављању стечајног поступка према стечајном дужнику и наставку према стечајној маси. Међутим, то не мора увек бити случај. Дешава се да, свесно или несвесно, одређени спорови, који су вођени против

уколико продаја стечајног дужника као правног лица изостане, стечајна маса није субјект, већ објект права. Следом наведеног, не може опстати ни тумачење по којем стечајни управник искључиво поступа у интересу стечајне масе.

Поред теорије заступања, присутна је и публицистичка теорија.³⁶⁴ Некада се називала теоријом званичне функције.³⁶⁵ По њој се стечајни управник посматра као службено лице, „коме је задатак у стечају да извршава наредбе закона“³⁶⁶ и на тај начин штити јавни интерес. Имајући у виду да су услови за обављање послова стечајног управника прописани законом, и да о њиховој испуњености брине овлашћена организација,³⁶⁷ то је њихова улога у заштити јавног интереса нарочито изражена. Но, свођење улоге стечајног управника на заштиту искључиво јавног интереса никако не може опстати. Њихова примарна улога заснована је на остваривању основних циљева стечајног поступка, који иду у прилог превасходно повериоцима друштва. Заштита јавног интереса је секундарна, јер се манифестује у тежњи да се најповољније намирење поверилаца, као основни интерес, врши по правилима путем којих нико од поверилаца не би био неосновано привилегован.

Због изнетих недоумица у правној теорији је настала и мешовита теорија, заснована на прихватању заједничких елемената публицистичке теорије и теорије заступања.³⁶⁸ Њеним прихватањем би се могло рећи да је стечајни управник законом установљени орган стечајног поступка, који зарад најповољнијег колективног намирења поверилаца, заступа стечајног дужника, односно његову стечајну масу, и истовремено, као носилац јавноправних овлашћења, штити јавни интерес.

стечајног дужника до момента обустављања стечајног поступка, не буду пописани у наведеном решењу. Но, то не значи да и у овим парницама стечајна маса неће имати пасивну стварну и процесну легитимацију. Напротив, у случају основаности тужбених захтева, ови спорови могу бити окончани на терет стечајне масе.

³⁶⁴ М. Велимировић (2004), стр. 60.

³⁶⁵ В. Митровић, *op. cit.*, стр. 50.

³⁶⁶ *Ibidem.*

³⁶⁷ Послове овлашћене организације која контролише испуњеност услова за рад стечајних управника у Републици Србији, обавља Агенција за лиценцирање стечајних управника, основана Законом о агенцији за лиценцирање стечајних управника (*Сл. гласник РС*, бр. 84/2004, 104/2009 и 89/2015). Она издаје, обнавља и одузима лиценце за обављање послова стечајних управника и контролише њихов рад.

³⁶⁸ М. Велимировић (2004), стр. 61.

Прихватањем мешовите теорије се некако најближе осликава положај стечајног управника у стечајном поступку, јер и кад се појављује у улози заступника стечајног дужника, он послове из своје надлежности не обавља ради задовољења искључиво интереса стечајног дужника, већ приоритетно због најповољнијег колективног намирења поверилаца у стечајном поступку. Тако се њему омогућава да побија правне послове и правне радње стечајног дужника, а да не буде он странка у поступку, већ да страначку способност има стечајни дужник, односно стечајна маса, у случају продаје стечајног дужника као правног лица.³⁶⁹ Оваквим приступом се избегава обавеза стечајног управника да, у случају неуспеха у поступку побијања, сноси терет накнаде трошкова.

Истоветно би се могла регулисати и улога стечајног управника у поступку стечајног пробијања. Тако би пробијање правне личности у стечајном поступку, поред поверилаца, вршио и стечајни управник, у име и за рачун стечајног дужника, односно стечајне масе. Описаном формулацијом се омогућава да странка у поступку стечајног пробијања формално буде стечајни дужник, односно стечајна маса у случају продаје стечајног дужника као правног лица, а истовремено се стечајном управнику омогућава да фактички предузима све радње пробијања. На овај начин се санирају евидентне слабости поступка „ванстечајног“ пробијања, јер се избегава ризик да стечајни управник, као лице које фактички предузима све радње у поступку стечајног пробијања, у случају неуспеха у спору, сноси трошкове тог поступка. С друге стране, због специфичног положаја стечајног управника у стечајном поступку, пробијање правне личности би за њега представљао не само правни прерогатив, већ и дужност. Тако би се ваљало водити решењем којим би стечајни управник био дужан да пробија правну личност стечајног дужника, увек када оцени да су испуњени услови за то, без обавезе прибављања сагласности одбора поверилаца. Сагласност одбора поверилаца за обављање послова пробијања од стране стечајног управника није нужна, јер се њима у суштини спречава злоупотреба права и самим тим штити јавни интерес. Улога поверилаца и њихових органа треба бити усмерена само у правцу да што више мотивишу стечајног управника на иницирање поступка стечајног пробијања.

³⁶⁹ Закон о стечају, чл. 129 ст. 1.

Задуживањем стечајног управника да, применом правила стечајне регулативе, пробија правну личност стечајног дужника, расту и изгледи за успех у спору поводом пробијања. Наиме, стечајном управнику је доступна комплетна пословна документација стечајног дужника, чиме се омогућава детаљније сагледавање ваљаности његовог пословања. Самим тим, реалније је очекивати лакше откривање злоупотребе правила о ограниченој одговорности за обавезе друштва, вршене од његових чланова.

3. Правни положај пасивно легитимисаних субјеката

Пасивна стварна и процесна легитимација у поступку пробијања правне личности припада носиоцима правне дужности у спорном материјалноправном односу, против којих се може покренути наведени поступак. Полазећи од суштине пробијања правне личности, која се огледа у установљавању санкције за злоупотребу правила о ограниченој одговорности, несумњиво је да пасивно легитимисано лице у поступку пробијања јесте члан друштва који злоупотреби поменуто правило. То могу бити чланови друштва код којих је одговорност чланова ограничена до висине уплаћеног, односно унетог улога у друштво. У правној литератури су присутне и расправе о одговорности чланова органа управљања услед пробијања правне личности. Део тих расправа посвећен је и одговорности тзв. фактичких или *de facto* директора. Због тога ће у овом делу посебна пажња бити посвећена лицима одговорним у поступку стечајног пробијања.

3.1. Члан друштва као пасивно легитимисани субјект

Без обзира да ли се појам пробијања посматра у ширем или ужем смислу, несумњиво је да се његовом применом установљава одговорност члана друштва који је злоупотребио правило о ограниченој одговорности за обавезе привредног друштва. Према позитивним прописима у Србији, то могу бити чланови друштва са ограниченом одговорношћу, акционари у акционарским друштвима и

командитори код командитних друштава.³⁷⁰ И у судској пракси устаљен је став да не постоји правни основ за нужно супарничарство члана друштва и самог друштва у поступку пробијања.³⁷¹ Како чланови могу бити не само физичка, већ и правна лица, то се одговорност у случају пробијања може установити и према физичким и према правним лицима. Уколико је неко од поменутих чланова пословно неспособно физичко лице, одговоран ће бити његов законски заступник. С обзиром да се стечајни поступак може спровести према свим наведеним формама привредног друштва, то не постоји правна сметња да њихови чланови буду субјекти одговорности и у поступку стечајног пробијања.

3.1.1. Одговорност члана као непосредног учиниоца злоупотребе

Нема спора да ће у поступку пробијања бити одговоран онај члан друштва који је непосредно и скривљено предузимао радње које се могу подвести под злоупотребу правила о ограниченој одговорности. Уколико се испостави да је члан друштва својим поступањем злоупотребио правило о ограниченој одговорности, био он физичко или правно лице, неограничено ће својом имовином одговарати за обавезе друштва.

Уколико се ради о физичком лицу, као учиниоцу злоупотребе, оно ће бити одговорно за обавезе друштва целокупном својом имовином. Када његова имовина није довољна за намирење обавеза друштва према трећим лицима, у правним системима који регулишу стечај над имовином физичког лица, реално је очекивати његово отварање према овом лицу. У системима у којима индивидуални стечај још увек није регулисан, какав је и српски, поступак намирења биће реализован сходно правилима о извршном поступку.³⁷²

Када је правно лице као члан другог друштва учинило злоупотребу правила о ограниченој одговорности друштва у коме је члан, одговараће за

³⁷⁰ ЗОПД (2011), чл. 18 ст. 1. Истоветно решење било је прописано и у раније важећем Закону о привредним друштвима из 2004. године. Видети: ЗОПД (2004), чл. 15 ст. 1.

³⁷¹ Решење Вишег трговинског суда Пж. бр. 7551/2008 од 11. јуна 2009. године.

³⁷² У Републици Србији се примењује Закон о извршењу и обезбеђењу (*Сл. гласник РС*, бр. 106/2015; даље у фуснотама: ЗИО).

обавезе друштва целокупном својом имовином. У случају да његова имовина није довољна за намирење обавеза, према њему може бити отворен стечајни поступак.

При чињењу злоупотребе може саучествовати више чланова, па се отуда, поступак пробијања може иницирати против више њих. Чланови тада имају положај обичних супарничара. То значи да у поступку пробијања сваки од чланова може бити потпуно самостална странка. С друге стране, не постоји правна сметња да се, услед истоветног чињеничног стања, води јединствени поступак против свих саучесника у злоупотреби. Но, то не значи да се спор мора решити на једнак начин према свим супарничарима. С обзиром да у међусобном односу чланови стоје у положају обичних супарничара, могуће је да, зависно од околности конкретног случаја, само поједини супарничари буду проглашени одговорним за злоупотребу правила о ограниченој одговорности. Што се тиче чланова у чијем поступању постојање злоупотребе није доказано, применом правила о терету доказивања, њихова одговорност неће бити установљена.

Изнетом ваља додати да за постојање пасивне легитимације члана друштва за злоупотребу права није битно да је у моменту отпочињања поступка пробијања он имао статус члана у друштву. Постојање пасивне легитимације се везује за моменат чињења злоупотребе права, а не за период иницирања поступка. Тако би се пасивно легитимисаним сматрао и члан друштва који је у моменту чињења злоупотребе правила о ограниченој одговорности имао статус члана, а у време подношења тужбе није више био члан.³⁷³

Одговорност за пробијање може се установити и према наследницима учиниоца злоупотребе, као универзалним сукцесорима, у случају када је учинилац физичко лице. Сходно правилима о наслеђивању, одговорност наследника биће ограничена до вредности наслеђеног дела.³⁷⁴ С друге стране, када је члан правно лице, у случају престанка његовог постојања, одговорност за пробијање се преноси и на његовог универзалног правног следбеника, односно више њих.

Међутим, када је у питању индивидуални правни следбеник, који је, дакле, ступио у поједина права учиниоца злоупотребе, најчешће права својине на

³⁷³ J. Barbić (2005), стр. 22.

³⁷⁴ Закон о наслеђивању (*Сл. гласник РС*, бр. 46/95, 101/2003 – одлука УС и 6/2015; даље у фуснотама: Закон о населђивању), чл. 222.

одређеној ствари, питање његове пасивне легитимације је специфично. Наиме, може се десити да у односу на учиниоца злоупотребе каснији стицалац ступи у одређена права, по основу доцније закљученог уговора, а да притом није био упознат о чињеницама које представљају разлог за пробијање. Примера ради, савесно треће лице купи одређену ствар, по основу закљученог уговора о продаји, која је претходно, злоупотребом правила о ограниченој одговорности, изнета из имовине привредног друштва у коме је злоупотреба учињена. У оваквој ситуацији разлози правичности налажу да савесни стицалац не буде одговоран за пробијање правне личности. Међутим, уколико је поменути купац у моменту закључења уговора имао сазнања о разлозима за пробијање, а притом је од ранијег власника стекао одређену ствар без икакве накнаде, или уз незнатну накнаду, питање његове одговорности постаје знатно извесније. Отуда је могуће закључити да је у поступку пробијања пасивно стварно легитимисан и индивидуални правни следбеник учиниоца злоупотребе, услед испуњења два кумулативна услова: 1) ако је у моменту стицања одређених права од учиниоца знао за чињенице које представљају разлог за пробијање правне личности; и 2) ако је одређено право стекао бестеретно, односно правним послом без накнаде или уз незнатну накнаду. Свакако, његова одговорност би у том случају била ограничена до висине стечене вредности.

3.1.2. Одговорност „посредних“ учинилаца злоупотребе

Поред расправе о одговорности непосредних учинилаца злоупотребе правила о ограниченој одговорности, посебну пажњу заслужује и разматрање питања одговорности лица чије је учешће у чињењу злоупотребе посредно. Наиме, познато је да чланови друштва могу бити и правна лица. Неспорно је да, уколико се докаже да је члан који је правно лице скривљено учинио злоупотребу, одговараће за обавезе друштва чији је члан, комплетном својом имовином. Међутим, овде не треба стати, већ треба ићи и корак даље. Може се у пракси десити следећа ситуација: друштво (А) које је правно лице, члан је другог друштва (Б). Притом је друштво (А) основано само из разлога да послужи његовом оснивачу или члану (Ц), био он физичко или правно лице, да путем

друштва (А), које је члан у другом друштву (Б), изигра повериоце друштва (Б), а потом искључиву корист оствари лице (Ц).³⁷⁵ Овде се поставља питање, да ли је могуће доказивати одговорност у случају пробијања и у односу на лице (налогодавца), које је давањем налога другим лицима (налогопримцу), узроковало да налогопримац учини злоупотребу правила о ограниченој одговорности у друштву у коме је члан.

Ваља указати да је и код једночланог друштва могуће препознати ситуацију у којој се, такође, питање посредне злоупотребе права може поставити. Примера ради, може се десити ситуација у којој једини члан друштва, у намери изигравања поверилаца, наложи директору друштва да у име друштва закључи уговор о продаји дела имовине друштва са лицем које је повезано са јединим чланом друштва.

Описани примери свакако нису коначни. Њих има много, и знатно су разноврснији. Они су изнети једино ради појашњења тврдње да злоупотреба права не мора бити учињена непосредно од чланова друштва. Они каткад могу бити само извршиоци налога стварних носилаца интереса. У оваквим ситуацијама одговорност ваља темељити на фактичком утицају на управљање и пословођење у друштву, а не на формалноправном схватању чланства. То значи да је

³⁷⁵ У привредном животу су присутне читаве пирамидалне структуре ових лица, путем којих је испреплетана сложена мрежа повезаних друштава. Ова повезана лица послују под искључивом контролом једног физичког лица, а све у циљу изигравања поверилаца и стицања добити тог физичког лица. На овом месту вредна је помена пресуда Привредног суда у Крагујевцу П. 927/2012 од 17. октобра 2013. године, у чијем је образложењу детаљно приказана повезаност у капиталу више друштава, познатијих као „путарска предузећа“, а која у крајњем послују под искључивом контролом једног физичког лица. Тако је једно физичко лице М.Ђ., основало друштво „Н. корпорацију“, која је потом у поступку приватизације откупила апсолутно учешће у капиталу „ПЗП Н“ ДОО. Потом је „ПЗП Н“ ДОО постао учесник у капиталу „ПЗП К“ ДОО са учешћем од 98,35%. Исто је „ПЗП Н“ ДОО учесник у капиталу „ПЗП Б“ ДОО са учешћем у капиталу 96,87%. Учешће „ПЗП Н“ ДОО у капиталу „ПЗП В“ ДОО је 98,28%. Потом је М.Ђ. основао и привредно друштво „S корпорација“, са учешћем од 100% у основном капиталу.

Након тога су сва поменута друштва „ПЗП Н“ ДОО, „ПЗП Б“ ДОО, „ПЗП В“ ДОО, „ПЗП К“ ДОО и „S корпорација“ основала друштво „Н“ ДОО, у коме је свако од чланова имао учешће од по 20% у основном капиталу. Апсолутно учешће у капиталу, ова повезана лица имала су и у друштвима „В-П.“ ДОО и „С-П“ ДОО. Подаци о присуству наведених друштава у капиталу других привредних друштава јавно су доступни на сајту Агенције за привредне регистре.

Путем описане вишеструке повезаности, под искључивом контролом М.Ђ., од стране пословних банака су прибављена кредитна средства у износу од више десетина милијарди динара, која су узроковала отварање стечајних поступака према свим повезаним лицима. Притом, већина од ових друштава није имала никакву корист од закључивања уговора о кредиту, односно јемчења и приступања кредитним обавезама других повезаних лица. Отуда је једноставно претпоставити да је корист од ових кредитних послова имао искључиво контролни члан матичног друштва М.Ђ.

прихватљиво становиште по коме је могуће утврђивати одговорност налогодавца (члана у члану друштва),³⁷⁶ уколико се докаже постојање везе између датог налога и учињене злоупотребе правила о ограниченој одговорности.

Отуда, и ови „посредни“ учиниоци злоупотребе могу бити пасивно легитимисани у поступку пробијања. Међутим, с обзиром да је њихова веза нераскидива са члановима друштва у коме је до злоупотребе дошло, због природе њиховог односа, тј. чланства у члану друштва, то описани чланови у члану друштва – налогодавци, стоје у односу на члана друштва – налогопримца, у односу нужног супарничара. То значи да у поступку пробијања, због природе правног односа између наведеног налогодавца и налогопримца, или више њих, као пасивно легитимисана лица морају учествовати сви наведени субјекти (и налогодавац и налогопримац). Евентуални пропуст да се у поступку пробијања, у коме се тежи утврђивању одговорности налогодавца за „посредно“ учињену злоупотребу, обухвати свако од поменутих лица (дакле, поред налогодавца и налогопримца), представља околност која спречава ваљано пружање правне заштите. Такав правни захтев би у односу на налогодавца био одбијен.

3.1.3. Пасивна легитимација чланова „који су пристали на злоупотребу“

При разматрању питања пасивне легитимације у поступку пробијања, највеће дилеме јављају се код расправе о одговорности оних чланова који нису, својим, непосредним или посредним чињењем, учинили злоупотребу правила о ограниченој одговорности, али, притом, нису ни применили сва правна средства која им стоје на располагању, како би чињење ове злоупотребе спречили.

Наиме, поједини чланови друштава са ограниченом одговорношћу имају посебне, фидуцијарне дужности према самом друштву. Оне се манифестују кроз обавезу лојалног поступања према друштву, с нарочитом пажњом, искључиво у најбољем интересу друштва.³⁷⁷ Према нашој позитивној регулативи, то су чланови друштава са ограниченом одговорношћу и акционари који имају значајно учешће

³⁷⁶ R. Vrnabić (2010), стр. 259.

³⁷⁷ ЗОПД (2011), чл. 65, 69, 72 и 75.

у основном капиталу друштва, односно који су контролни чланови.³⁷⁸ Услед повреде описаних посебних дужности према друштву, сваки члан друштва, без обзира на висину улога, има право на подношење тужбе против учиниоца повреде, за накнаду штете коју му је то лице проузроковало повредом посебних дужности према друштву. Уз ову правну могућност, један или више чланова друштва, који имају минимум 5% учешћа у основном капиталу друштва, наведену тужбу за накнаду штете могу поднети у своје име, а за рачун друштва (тзв. деривативна тужба или *actio pro socio*).³⁷⁹ Поред тога, чланови, односно акционари са квалификованим учешћем у капиталу од минимум 20% могу поднети тужбу за престанак друштва по одлуци суда, уколико се, између осталог, имовина друштва расипа и умањује.³⁸⁰ У крајњем, сваком члану друштва, односно акционару, без обзира на проценат његовог учешћа у капиталу друштва, омогућено је да од друштва захтева откуп акција у случају да се не сагласи са одлуком друштва којом се мењају његова права.³⁸¹ Уколико друштво не поступи у потпуности по захтеву несагласног члана или акционара за откуп удела односно акција, он то право може остварити у судском поступку.³⁸²

С обзиром на читав спектар описаних правних прерогатива, путем којих се чланови друштва могу успротивити злоупотреби правила о ограниченој одговорности, поједини правни писци су стали на становиште да, сви чланови друштва који су знали за наведену злоупотребу и „велику вероватност наступања инсолвентности друштва“, а истој се нису успротивили, биће одговорни у поступку пробијања, јер се сматра „да су пристали на такву злоупотребу“.³⁸³ Дакле, ћутање ових поверилаца у односу на учињену злоупотребу се посматра као

³⁷⁸ Према чл. 62 ст. 3 ЗОПД (2011), значајно учешће у основном капиталу постоји ако једно лице, самостално или са другим лицима која са њим делују заједно, поседује више од 25% права гласа у друштву. У ст. 5 наведеног члана прописано је да се контролним чланом друштва сматра оно лице које има право или могућност да самостално или са другим лицима која са њим заједнички делују, врши контролни утицај на пословање другог лица путем учешћа у основном капиталу, уговора или права на именовање већине директора, односно чланова надзорног одбора. Сматраће се, према ст. 6 истог члана, да је одређено лице контролни члан увек када самостално или са повезаним лицима поседује већинско учешће у основном капиталу друштва, односно више од 50% права гласа у друштву.

³⁷⁹ Д. Голубовић, „Деривативна тужба – инструмент заштите мањинских интереса“, *Правни живот*, бр. 11/1995, стр. 60.

³⁸⁰ ЗОПД (2011), чл. 469 ст. 1 тач. 4.

³⁸¹ ЗОПД (2011), чл. 474 ст. 1 тач. 6 и ст. 2.

³⁸² ЗОПД (2011), чл. 476.

³⁸³ R. Vrnabić (2010), стр. 259.

саглашавање са осталим учиниоцима злоупотребе. На тај начин се у одређеном смислу, постојање одговорности за пробијање правне личности објективизира.

Иако наведено становиште одликује изванредан степен логичности, ипак је подложно критици. То што одређени члан друштва није искористио сва правна средства којим би се супротставио вршењу злоупотребе права других чланова друштва, не значи аутоматски и да се са учињеном злоупотребом сагласио. Често се дешава да су чланови друштва лица која не познају право. Отуда се неретко дешава да они, према објективним критеријумима, не могу препознати да се одређено чињење сматра злоупотребом права. Дакле, треба имати у виду да се често дешава да због учињене злоупотребе неких чланова, преостали чланови друштва трпе само штету. Такође, треба имати у виду и да у појединим ситуацијама доступна правна средства нису довољна да би се њиховим искоришћавањем могле спречити последице учињене злоупотребе. Наиме, без обзира што је правним прописима дозвољено сваком несагласном члану друштва да захтева откуп својих акција, он објективно тиме не може спречити све могуће последице учињене злоупотребе, јер због евентуалног непостојања квалификованог учешћа не може поднети деривативну тужбу и тако за друштво оствари право на накнаду штете.

У складу са наведеним се може закључити да је правно могућа одговорност лица која непосредно нису учинила злоупотребу правила о ограниченој одговорности, али су ипак о учињеној злоупотреби имала сазнања и истој се нису успротивила. Међутим, постојање одговорности ових лица условљено је испуњењем три кумулативна услова. Први услов јесте неопходност доказивања да су, у датом случају, према објективним критеријумима, чланови друштва који се нису успротивили злоупотреби, могли закључити да одређено понашање другог члана друштва представља злоупотребу правила о ограниченој одговорности. Други услов се односи на потребу доказивања да је од учињене злоупотребе, члан друштва који се таквом чињењу није супротставио, имао одређене користи, било она посредна или непосредна. И трећи кумулативни услов јесте да је тај члан имао делотворно правно средство, путем којег је било реално могуће да се на одређени начин умање штетне последице по друштво од учињене злоупотребе

правила о ограниченој одговорности од стране другог члана друштва, а то правно средство није искористио.

Имајући у виду наведене услове, могуће је закључити да, независно од правне могућности да ова лица буду пасивно легитимисана у поступку пробијања, у пракси ће доказивање њихове одговорности бити изузетно тешко. Самим тим, иако би се условно могла прихватити одговорност чланова који нису непосредно учинили злоупотребу али се њој нису успротивили, због отежаног поступка доказивања постојања одговорности, нереално је очекивати да ће у судској пракси заживети спорови против ових лица.

3.2. Чланови управе као пасивно легитимисани субјекти

Поједини правни писци,³⁸⁴ под одговорним лицима за пробијање правне личности, поред чланова друштва, сматрају и „чланове управе“.³⁸⁵ Разлози за овакав приступ се превасходно огледају у чињеници да се, у раније важећем Закону о предузећима из 1996. године, одговорност за пробијање односила и на чланове управе друштава капитала. Отуда је и било основа за утврђивање одговорности чланова управе у поступку пробијања правне личности. Међутим, доцнијим законским решењима се од изнетог приступа одустало.³⁸⁶

У оквиру постојеће компанијске регулативе постоје убедљиви разлози због којих је нужно одвојено посматрати одговорност чланова управе од одговорности чланова у поступку пробијања. Одговорност чланова управе је по својој природи

³⁸⁴ О одговорности чланова управе за злоупотребу правила о ограниченој одговорности говоре: С. Граић – Степановић, „Одговорност чланова (управе) услед пробијања правне личности“, *Правни живот*, бр. 11/2000, стр. 151-152; В. Смиљанић, „Привид правне личности“, *Билтен судске праксе Врховног суда Србије*, бр. 1-2/2002, стр. 149-155; М. Николић (2010), стр. 110-122.

С друге стране, проф. Небојша Јовановић, уместо појма „члан управе“, помиње термин „руководилац“, који је могуће шире тумачити. Видети: Н. Јовановић (1997), стр. 867.

³⁸⁵ Под члановима управе се превасходно подразумевају директори друштва, који заступају друштво и обављају менаџерске послове. Међутим, могуће је засновати и одговорност појединих чланова надзорног одбора у системима дводомног управљања. Чланови надзорног одбора, због посебности своје функције, могу скупштини скренути пажњу на поједине одлуке директора којом се евентуално проузрокује штета друштву. Уколико то не учине, сматрају се несавесним лицима, па отуда и они, такође, уз доказану кривицу, одговарају за штету насталу из извршења такве одлуке (тзв. *делимична одговорност за „туђу кривицу“*). О томе: М. Васиљевић (2011), стр. 394.

³⁸⁶ Већ је Закону о привредним друштвима из 2004. године, изостављена одговорност чланова управе за пробијање правне личности. Видети: ЗОПД (2004), чл. 15.

унутрашња. С обзиром да су за обављање послова из своје надлежности изабрани од стране самог друштва, природно је да чланови управе за своје поступке одговарају привредном друштву. Њихова деликтна одговорност се у битном заснива на два правна основа. Први правни основ усмерен је ка одговорности за недопуштена плаћања, док се други односи на одговорност за накнаду штете. У случају да члан управе изврши одређено плаћање противно правилима прописаним законом или актима друштва, биће одговоран друштву за враћање (регрес) тих исплата.³⁸⁷ Други вид одговорности усмерен је на повреду посебних дужности чланова управе према друштву. Сваки члан управе дужан је понашати се према друштву лојално, у разумном уверењу да послове обавља у најбољем интересу привредног друштва. Непоштовање ових посебних дужности најчешће узрокује штету друштву. У таквим ситуацијама ће члан управе, као штетник, бити обвезник накнаде причињене штете. С обзиром да се имовинска штета може манифестовати у умањењу имовине (обична штета) и спречавању њеног повећања (измакла корист),³⁸⁸ друштво би имало право на накнаду свих видова штете, уколико њено постојање буде доказано. У савременим условима пословања се све више актуелизује и питање постојања права привредног друштва на накнаду неимовинске штете, коју такође треба узети у обзир. Но, без обзира да ли се ради о накнади имовинске или неимовинске штете, треба имати у виду да је за настанак облигационог односа из којег за једну страну произлази обавеза да накнади проузроковану штету а за другу право да добије накнаду, потребно је испунити следеће услове: нужно је утврдити постојање штетника и оштећеног, између којих тај однос настаје; да је штета настала недопуштено (противправном радњом) или пропуштањем другог лица; да се та радња и настала штета могу приписати у кривицу другог лица и да постоји узрочна веза између радње и штете. Штета може настати чињењем (које је противзаконито, неморално, друштвено неприхватљиво) или нечињењем (када је штетник био дужан да нешто учини, а то није учинио, па је услед тог нечињења настала одређена штета). Узрочна веза представља такав однос између штетне радње и штете код кога се штетна радња јавља као узрок, а штета као последица те радње. Тек испуњењем свих наведених

³⁸⁷ ЗОПД (2011), чл. 185 и 275.

³⁸⁸ ЗОО, чл. 155.

претпоставки могуће је установити одговорност члана управе за причињену штету друштву.

Одговорност члана у случају пробијања, према правилима компанијске регулативе, искључиво је спољашња. Члан друштва, који злоупотреби правило о ограниченој одговорности за обавезе друштва, одговара повериоцима друштва, а не привредном друштву. Притом, уколико његова одговорност буде установљена, члан који је учинио злоупотребу биће обавезан да својом целокупном имовином одговара за наплату потраживања повериоца друштва, који је у поступку пробијања остварио успех. Међутим, то не искључује и одговорност чланова друштва, који имају посебне дужности према друштву, да у случају повреде тих дужности, одговарају друштву за накнаду штете.³⁸⁹ Тај вид унутрашње одговорности паралелно егзистира у односу на спољашњу одговорност чланова према повериоцима друштва.

Управо због описаних специфичности одговорности чланова друштва и чланова његове управе, а нарочито разлика у правној природи њихове одговорности, у компанијској регулативи би ваљало да опстане разликовање између ова два вида одговорности. Изнетој аргументацији иде у прилог и становиште да би неодмерено ширење одговорности чланова управе у правцу одговорности за пробијање, уз већ постојећи широки спектар предвиђених санкција за неовлашћено поступање, дестимулативно утицало на лица која желе обављати послове управљања друштвом.³⁹⁰

До одређених одступања од напред изнете поставке долази у случајевима када друштву прети стечај. Пошто су чланови управе најбоље упознати са финансијском ситуацијом друштва, у савременим правним системима се подстиче њихова одговорност да поступају у интересу поверилаца, као и да благовремено

³⁸⁹ R. F. Ballotti, W. M. Shaner, „Safe Harbor for Officer Reliance: Comparing The Approaches of The Model Business Corporation Act and Delaware’s General Corporation Law“, *Duke Law - Law and Contemporary Problems*, Vol. 74, No. 1/2011, стр. 162-165.

³⁹⁰ H. Eidenmüller, B. Grunewald, U. Noack, „Minimum capital in the System of Legal Capital“, (ed. M. Lutter, *Legal Capital in Europe, European Company and Financial Law Review*, 2006, стр. 30. Иако се изнетом становишту може приговорити, ипак је вредно помена. Наиме, прописивање строгих правила о одговорности чланова управе и чланова друштва, тежи одвраћању од чињења неправних радњи, а не одвраћању од обављања дужности члана управе. Онај члан који обавља послове савесно, без намере оштећења друштва или поверилаца, нема разлога да буде дестимулисан у обављању послова из свог делокруга, само због строгости законске регулативе о одговорности за повреду дужности.

покрену стечајни поступак.³⁹¹ Управо због ширења одговорности чланова управе и према повериоцима друштва, постојано је схватање да овај вид одговорности чланова управе, у случајевима када друштву прети стечај, представља специфичан облик пробијања правне личности.³⁹²

Изнето становиште је, ипак, подложно критици. Разлике у односу на институт пробијања свакако постоје. Наиме, када се друштво налази пред стечајем, или је према њему већ отворен стечајни поступак, долази до промене позиције управе према повериоцима. Тада наступа потреба за ангажовањем посебних правила о дужностима чланова управе, па сходно томе и установљавању посебне врсте одговорности у случају њихове повреде. У енглеском праву је овај вид одговорности установљен институтом забране „несавесног пословања“ (енгл. *wrongful trading*). Наведени правни институт регулисан је одредбама енглеског стечајног закона, и прописује одговорност директора, или директора у сенци, у случају да је то лице „...одређено време пре покретања стечајног поступка знало или је објективно било у могућности да закључи да не постоје разумни изгледи да ће друштво избећи поступак стечаја...“.³⁹³ Које је то „одређено време“ у питању, односно тренутак у коме би се могло предвидети отварање стечајног поступка, у енглеској теорији и судској пракси, није јасно одређено.³⁹⁴ Уколико је, међутим, директор предузео све радње како би спречио настанак могућег губитка по повериоце, односно, када је поступао у складу са критеријумом „разумне пажње“,³⁹⁵ одговорност неће бити установљена. Под критеријумом „разумне пажње“ подразумева се „степен пажње са којом би поступало разумно пажљиво лице које би поседовало знање, вештине и искуство које би се основано могло очекивати за обављање те дужности у друштву“ (објективни критеријум), а уз истовремено узимање у обзир субјективних критеријума за конкретног директора,

³⁹¹ Т. Јевремовић Петровић, „Одговорност директора према повериоцима друштва коме прети стечај“, *Правни живот*, бр. 11/2011(а), стр. 120; М. Bayers, „Director’s Duties in the „Vicinity of Insolvency“: Why a Fiduciary Duty to Creditors Should not be Triggered“, 2011, стр. 7-12; извор: <https://www.insolvency.ca>.

³⁹² *Ibid.*, стр. 120, упућује на: А. Кеау, *Company Directors’ Responsibilities to Creditors*, Routledge Cavendish, London – New York, 2007, стр. 75.

³⁹³ *Insolvency Act* (1986), Section 213. Мада, ваљало би поменути да је и британским Компанијским законом (*Companies act*) из 2006. године, у чл. 172 ст. 3., поменуто да у одређеним ситуацијама директор мора узети у обзир интересе поверилаца.

³⁹⁴ М. Васиљевић (2016), стр. 36-37.

³⁹⁵ Т. Јевремовић Петровић (2011а), стр. 124.

„који само могу да повећају објективни стандард“.³⁹⁶ Позивање на неискуство и нестручност, неће бити уважено. Дакле, наведено упућује на закључак да одговорност члана управе наступа превасходно због несавесног, немарног односа према повериоцима у ситуацији када друштву прети стечај, а не због злоупотребе права која чини основ одговорности за пробијање правне личности. Несавесност у поступању може постојати и у ситуацији када је члан управе деловао у свему законито, али је једино, због своје несавесности, допринео да повериоци друштва не буду обавештени да се друштво налази у стању претеће инсолвентности. Међутим, то не значи да је истовремено дошло до злоупотребе правила о ограниченој одговорности члана за обавезе друштва, већ само повреде дужности према друштву. Уз изнето, ваља поменути и да у енглеској правној теорији постоји спор око питања адекватности накнаде у случају одговорности члана управе због „несавесног пословања“. По том питању преовладава став да се ради о „компензаторној одговорности“,³⁹⁷ што би значило да висина обавезе треба бити усклађена са оним износом за који је имовина друштва умањена по основу поступања директора.³⁹⁸ Отуда се и по овом питању може направити дистинкција у односу на одговорност за пробијање правне личности, код које се не тежи враћању узетог или накнади приближне вредности, већ потпуном намирењу потраживања поверилаца.

Одређене сличности са описаном установом енглеског права показује немачки институт *Insolvenzverschleppungshaftung*, који подразумева одговорност чланова управе за штету повериоцима уколико у тренутку неликвидности или презадужености не покрену стечајни поступак. Дакле, и у овој ситуацији се одговорност члана управе своди на обавезу накнаде штете повериоцима, за све уплате друштва учињене након наступања неликвидности или презадужености.³⁹⁹

³⁹⁶ *Ibidem*. У нашем компанијском закону – ЗОПД (2011), у чл. 63 ст. 2., прописан је само објективни критеријум за оцену постојања „разумне пажње“, без изричитог прописивања да се мора узети у обзир специфични положај директора у конкретној ситуацији. Отуда, при тумачењу овог правног стандарда увек мора бити обухваћена анализа постојања разумне пажње директора у „у датим околностима“.

³⁹⁷ *Ibid.*, стр. 126.

³⁹⁸ P. L. Davies, *Gower's Principles of Modern Company Law*, Sweet & Maxwell, London, 1997, стр. 221.

³⁹⁹ Т. Јевремовић Петровић истиче да се у немачком праву разликује положај „старих поверилаца“, чија су потраживања доспела пре обавезе покретања стечајног поступка од члана управе, као и „нових поверилаца“, код којих је потраживање настало након наступања ове обавезе. С обзиром

И у погледу овог правног института се могу јасно сагледати разлике у односу на институт пробијања правне личности, које су у основи истоветне са различитостима постојаним код енглеске установе „несавесног пословања“.

И у француском праву је установљена одговорност чланова управе, због грешке у управљању, путем тзв. тужбе због недовољности имовине (фра: *Action en responsabilitè pour insuffisance d'actif*). Ово правно средство, по свом дејству, највише подсећа на установу пробијања. Првенствено, основ за њено подношење настаје у ситуацији када је имовина стечајног дужника недовољна за намирење поверилаца, а као разлог одговорности истиче се грешка у управљању члана управе. Притом, у случају евентуалног пресуђења, суд је овлашћен да, зависно од околности случаја, одмери износ накнаде. Накнада може бити одмерена у већем или мањем износу од висине причињене штете.

Без обзира на одређене специфичности свих описаних правних института у односу на установу пробијања правне личности, могуће је истаћи да се њихова сличност највише испољава у чињеници да поред формалних чланова управе, њихова примена се односи и на тзв. фактичке или *de facto* директоре. Па како то могу бити лица која су истовремено и чланови друштва, постоји могућност поистовећивања ових правних института са установом пробијања. На тај начин се долази до поимања института пробијања у ширем смислу.

Отуда, могуће је извесно закључити да се не може у потпуности направити паралела између енглеског института *wrongful trading*, немачке установе *Insolvenzverschleppungshaftung* и француске тужбе *Action en responsabilitè pour insuffisance d'actif*, са институтом пробијања правне личности на другој страни. Ова сличност је најосетливија у ситуацији утврђивања одговорности *de facto* директора (директора у сенци), када он истовремено има статус члана у друштву.

Ипак, то не говори о немогућности опстанка и једне и друге врсте контроле за поступање према повериоцима. Непобитна је чињеница да се одговорност *de facto* директора нужно мора установити и у српском стечајном праву. То је могуће

на то, у судској пракси је усвојено становиште да само новим повериоцима треба дати право на потпуну накнаду штете, јер су се поуздали у ликвидност друштва. С друге стране, „старим повериоцима“ треба признати право на евентуалну разлику штете између износа који би добили у стечајном поступку, да је тај поступак покренут на време, и износа који су добили. О томе: Т. Јевремовић Петровић (2011а), стр. 127.

учинити тумачењем појма пробијања у ширем смислу. На тај начин би и тзв. фактички директори могли бити пасивно легитимисани у поступцима пробијања.

Везано за питање одговорности других чланова управе, ствар је конвенције да ли ће и неки од описаних правних института, свакако прилагођен духу српског правног система, бити убудуће правно трансплантиран.

Глава V

МАТЕРИЈАЛНОПРАВНИ УСЛОВИ СТЕЧАЈНОГ ПРОБИЈАЊА

1. Уопштено о материјалноправним условима пробијања

Пробијање правне личности може уследити само у случају постојања адекватних услова који оправдавају примену овог института. У оквиру компанијске регулативе основни материјалноправни разлози пробијања су детаљно образложени. С обзиром на истоветну сврху постојања „ванстечајног“ и стечајног пробијања, логично је да и институт стечајног пробијања буде заснован на истоветним разлозима. То узрокује и поклапање материјалноправних услова за пробијање правне личности. Отуда је пожељно на истоветан начин посматрати услове за пробијање у стечајном и „ванстечајном“ поступку. С тим у вези, као први услов пробијања се намеће злоупотреба правила о ограниченој одговорности. У пословној пракси су, иначе, постали устаљени одређени појавни облици који злоупотребу правила о ограниченој одговорности чине извеснијом. Ови појавни облици могу бити разноврсни. Како је живот увек богатији од права, њих је готово немогуће потпуно систематизовати. Међутим, зарад подробнијег разумевања института пробијања, неке од устаљених појавних облика злоупотребе ваља детаљно образложити. Потребне судске праксе то нарочито налажу.

У правној литератури је присутно становиште да посебан услов за пробијање правне личности представља и нужност утврђивања владајућег положаја члана у друштву.⁴⁰⁰ Већ је било помена да владајући или доминантан положај члана у друштву подразумева његов пресудни утицај на пословођење и одлучивање у друштву. Ставови о владајућем положају члана, као посебном услову за пробијање правне личности, нарочито су присутни код регулације односа повезаних привредних друштава. Међутим, инсистирање на утврђивању доминантног положаја у друштву као посебном услову за пробијање правне личности подложно је критици. Наиме, треба имати у виду да доминантан утицај

⁴⁰⁰ D. Morrissey, „Piercing All the Veils: Applying an Established Doctrine to a New Business Order“, *The Journal of Corporation Law*, Vol. 32, No. 3/2007, стр. 562-563.

може бити изражен не само непосредно већ и на посредан начин. Он може бити формалан, али и неформалан (фактички). Тако је, поред доминације у друштву на основу већине гласова у скупштини, права именовања органа управљања или на основу споразума чланова, могуће остварити и фактички владајући утицај, који не прати ниједан од поменутих облика доминације. Дешава се да одређено лице у друштву не поседује контролни утицај или значајно учешће у друштву, а да с друге стране, посредно, преко других чланова, учешћем у њиховом капиталу, у потпуности доминира пословођењем и управљањем друштвом. Тако се могу очекивати случајеви у којима је постојање владајућег утицаја члана у друштву готово немогуће доказати, а да управо тај члан злоупотреби правило о ограниченој одговорности. Због тога, инсистирање на доказивању постојања владајућег утицаја члана у друштву може знатно отежати положај поверилаца у поступку пробијања правне личности. Притом, сама чињеница да је одређени члан учинио злоупотребу правила ограничене одговорности довољно указује на постојање макар фактичке доминације тог члана у друштву. Следствено наведеном, постојање владајућег утицаја у друштву не мора бити обавезна претпоставка за пробијање правне личности. Довољно је утврдити постојање злоупотребе правила о ограниченој одговорности, чиме се, у том случају, постојање доминантног утицаја учиниоца злоупотребе на руковођење друштвом претпоставља. Дакле, постојање владајућег положаја, било формалног или фактичког, може само допринети доказивању наведене злоупотребе.

Поред изнетог, ваља поменути да све док друштво има довољно средстава за испуњење обавеза према повериоцима, неће постојати интерес за примену института пробијања. Због тога се, уз злоупотребу правила о ограниченој одговорности, као услов пробијања помиње и недовољност имовине друштва за намирење потраживања поверилаца. Отуда ће и о овом материјалноправном услову, такође, бити говора.

2. Злоупотреба као услов стечајног пробијања

Према позитивној компанијској регулативи у Србији,⁴⁰¹ општи разлог за пробијање правне личности чини злоупотреба правила о ограниченој одговорности члана за обавезе друштва. Њу могу учинити командитор, члан друштва са ограниченом одговорношћу и акционар, као и законски заступник тог лица ако је оно пословно неспособно физичко лице. Поред опште норме, законодавац даље додатно конкретизује ситуације, по принципу *exempli causa*, које подразумевају постојање злоупотребе наведеног правила. То су случајеви у којима члан друштва употребљава друштво за постизање забрањених циљева; потом, опходи се према имовини друштва као да је у питању њихова лична имовина; друштво или његову имовину користи зарад оштећења поверилаца; односно, ради стицања користи за себе или трећа лица, умањи имовину друштва, иако је знао или морао знати да друштво неће моћи да извршава своје обавезе. Описаним примерима доприноси се лакшем препознавању постојања злоупотребе. Међутим, њима се не обухвата читав спектар могућих видова злоупотребе правила о ограниченој одговорности, које пословна пракса несумњиво може изнедрити. Постојећу проблематику још у већој мери продубљује и чињеница да одређени облици злоупотребе правила о ограниченој одговорности не бивају препознати као такви, па самим тим остају некажњени.

Отуда је задатак правне науке да разлоге који воде пробијању додатно проучи и отклони одређене недоумице у погледу њиховог тумачења. Отклањање постојећих недоумица још је израженије с обзиром на потребу да, и у оквиру стечајне регулативе, разлози пробијања буду регулисани на истоветан начин као код „ванстечајног“ пробијања. У том подухвату ваља поћи од основног и општег разлога који чини темељ одговорности за пробијање, а то је, несумњиво, злоупотреба права. Иначе, потреба забране злоупотребе права препозната је у француској судској пракси из друге половине XIX века.⁴⁰² Касније је највећи

⁴⁰¹ ЗОПД (2011), чл. 18 ст. 1.

⁴⁰² Међу првим одлукама које су забрањивале злоупотребу права помиње се пресуда у спору: *Doerr v. Keller*, Cour d'appel de Colmar, (D. 1856, 2, 9). У наведеној одлуци дошло је до злоупотребе права својине, на начин што је власник направио лажни димњак који није имао отвор за дим, да би суседу закљонио светлост.

утицај у доктринарном изучавању теорије злоупотребе права имао Луи Жосран,⁴⁰³ под чијим утицајем се злоупотреба права посматрала чисто субјективно. По субјективној теорији, за постојање злоупотребе права било је неопходно утврдити мотив титулара при вршењу свог права. Тек уколико се учини основаним да је његова намера била усмерена ка чињењу злоупотребе права на уштрб другог лица, биће примењена адекватна санкција. Субјективно тумачење злоупотребе права у почетку је прихваћено и у немачком праву.⁴⁰⁴ Међутим, под доминантним утицајем начела савесности и поштења, доцније је устаљено схватање да злоупотреба права, односно недозвољено вршење права, који појам се такође у немачкој паралелно употребљава, представља „флагрантан случај повреде начела савесности и поштења.“⁴⁰⁵ То је довело до настанка објективне теорије о злоупотреби права. Објективни концепт злоупотребе права заснован је на тврдњи да уколико се злоупотреба права заснива на начелу савесности и поштења, „онда злоупотреба права постоји и кад лице није криво за злоупотребу, јер се и за повреду начела савесности и поштења не тражи кривица.“⁴⁰⁶ Објективно учење о злоупотреби права је постало и преовлађујуће, с обзиром на шире прихваћено становиште да се право не употребљава само у ситуацијама када се намерно жели оштетити друго лице, већ и када оштећење другог настаје поступањем које није прихватљиво са становишта читавог државно-правног поретка.

У немачком праву је теорије о забрани злоупотребе права могуће даље класификовати на спољашње и унутрашње.⁴⁰⁷ Спољашње теорије говоре да се субјективна права ограничавају споља, садржином других норми. „Радња којом се врши злоупотреба права креће се у границама права и она није забрањена зато што је прекорачена садржина субјективног права, већ зато што су повређене друге норме које стоје поред субјективног права.“⁴⁰⁸ Овде се спољни коректив субјективних права превасходно проналази у начелу савесности и поштења, који ограничава вршење одређених субјективних права уколико се то не чини савесно

⁴⁰³ R. Dussault, „De l’abus des droit“, *Les Cahiers des droit*, num. 3/1961, Université Laval, стр. 119-125.

⁴⁰⁴ R. Vrnabić (2010), стр. 36.

⁴⁰⁵ С. Перовић, Д. Стојановић (редактори), *op. cit.*, стр. 134.

⁴⁰⁶ *Ibidem*; слично и: И. Јанковец, *Привредно право*, Београд, 1999, стр. 241.

⁴⁰⁷ R. Vrnabić (2010), стр. 36.

⁴⁰⁸ С. Перовић, Д. Стојановић (редактори), *op. cit.*, стр. 135.

и са намером да се другоме нашкоди. С друге стране, унутрашње теорије теже проналажењу ограничења субјективног права у самој садржини права. Тако је вршење одређеног права недозвољено уколико се противи смислу због којег је установљено. То значи да „свако право носи у себи одређене границе и ограничења, сходно његовој социјалној функцији“.⁴⁰⁹ Ипак, без обзира на одређене специфичности у приступу спољашњим и унутрашњим теоријама о злоупотреби права, могуће је закључити да једна другој не противрече. Отуда се њихов значај састоји једино у тежњи ка бољем разумевању злоупотребе права.

Теорија о злоупотреби права прихваћена је и у српском праву, додуше, у почетку не једногласно. Знатан део правне мисли се томе противио. Противници идеје о прихватању теорије о злоупотреби права су сматрали да њеним прихватањем долази до „напуштања индивидуализма и индивидуалистичког правног поретка“,⁴¹⁰ на штрб социјализације права.⁴¹¹ Међутим, наведено негаторско мишљење било је лако оповргнути снажном и убедљивом аргументацијом професора Михаила Константиновића, да теорија злоупотребе права не тражи „...да индивидуа жртвује један део свог права у корист заједнице; она тежи да сваком омогући вршење његовог права“.⁴¹² У духу ове мисли, која у потпуности оличава рационалну снагу природног права, создано је српско облигационо право. Забрана злоупотребе права у облигационом закону сматра се једним од основних начела регулативе о облигационим односима. Тако је прописано да је забрањено вршење права из облигационих односа противно циљу због кога је оно законом установљено или признато.⁴¹³ Треба рећи и да се начело забране злоупотребе права готово надовезује на начело савесности и поштења, па их отуда у примени права не треба одвојено посматрати. Због тога је могуће закључити да субјекту права није дозвољено да вршењем свог права „вређа туђе

⁴⁰⁹ *Ibidem.*

⁴¹⁰ Д. Стојановић (1970), стр. 88.

⁴¹¹ Водећи међу присталицама негаторског приступа о теорији злоупотребе права био је Живојин Перић. Видети: Ж. Перић, *О обавези заштите у случају евикције код уговора о продаји и куповини*: одломак из предавања на Правном факултету, Београд, 1908, стр. 18.

⁴¹² М. Константиновић, „Забрана злоупотребе права и социјализација права“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 3-4/1982, стр. 261-281.

⁴¹³ ЗОО, чл. 13.

субјективно право“,⁴¹⁴ поступајући противно циљу због којег је одређено право прописано.

Описаним принципима нужно је водити се и при тумачењу злоупотребе правила о одговорности чланова за обавезе друштва, како код ванстечајног, тако и ког стечајног пробијања. Злоупотребу овог правила је потребно тумачити у ширем контексту. С обзиром да се у нашој пракси, примена института пробијања уобичајено везује за појам противправности, постоји потреба за детаљним појашњењем овог појма. Ово нарочито из разлога што се, особито у нашој судској пракси, постојање противправности често везује само за појам незаконитости.⁴¹⁵ Овакав приступ није прихватљив. Између незаконитости и појма противправности постоји суштинска разлика. Противправност, наиме, ваља шире посматрати у односу на критеријум законитости, као сваки вид негације права. Противправним се сматра свако оглушивање о правне забране или заповести.⁴¹⁶ Чак и одређени видови поступања, иако нису изричито забрањени законом, могу бити противправни. У том контексту посматрања, могло би се рећи да је противправно свако недозвољено одступање од начела одређеног државно-правног поретка.

Несумњиво је, отуда, да се под појам противправности обухвата и злоупотреба права. Злоупотребљавање права није правно дозвољено. Самим тим,

⁴¹⁴ Ж. Ђорђевић, В. Станковић, *Облигационо право*, Београд, 1987, стр. 61.

⁴¹⁵ Примера ради, из образложења пресуде Привредног апелационог суда Пж. 5753/2012 од 3. априла 2013. године, произлази да је прихваћен став првостепеног суда да је у поступку било сувишно извођење доказа вештачењем од стране вештака економско-финансијске струке на околности везане за постојање основа за пробијање, јер из достављене писане документације, а нарочито извештаја о економско-финансијском положају привредног друштва као стечајног дужника не произлази да су тужени, као чланови тог друштва, располагали туђом имовином због постизања циљева који су противправни.

Исто, пресудом Привредног апелационог суда Пж. 5753/2012 од 3. априла 2013. године, одбијена је жалба тужиоца и потврђена пресуда првостепеног суда којом је одбијен тужбени захтев за пробијање правне личности. Из образложења другостепене одлуке произлази да је тужилац определио захтев за исплату продајне цене од чланова друштва, уз наводе да су чланови друштва новчани капитал друштва преносили на друга, зависна привредна друштва. Међутим, овај разлог за суд није био довољан за пробијање правне личности, с обзиром да је суд стао на становиште да у конкретном случају није доказано да су чланови друштва као тужени располагали туђом имовином због постизања циљева који су противправни.

Из наведених примера могуће је очигледно закључити да се противправност изједначава са недозвољеним располагањем, што у крајњем подразумева поистовећивање противправног поступања са незаконитим деловањем.

⁴¹⁶ Ј. Радишић, „Противправност као услов грађанске одговорности“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1-4/2001, стр. 541.

оно је и противправно. Исто тако, противправно би могло бити и одређено поступање противно начелу савесности и поштења. У привредном пословању под овим појмом би се, зависно од околности конкретног случаја, могло подвести и одступање од добрих пословних обичаја.⁴¹⁷ Наведено указује да одређено поступање члана друштва може бити посматрано као злоупотреба права, иако се њиме изричито, на непосредан начин, не крши позитивна законска норма. Примера ради, у регулативи компанијског права је прописано да ће злоупотреба правила о ограниченој одговорности нарочито постојати уколико члан друштва употреби друштво за постизање циља који му је иначе забрањен.⁴¹⁸ То не значи да је за оцену испуњености овог услова нужно законском нормом дефинисати забрањене циљеве привредног друштва. Чак, није ни нужно да одређено понашање буде изричито, на непосредан начин, забрањено законском нормом. Недозвољеност понашања које води изигравању циљева друштва могуће је шире тумачити, сагледавајући све принципе на којима суштински почива државно-правни поредак. Тако, прихватање забране злоупотребе права као општег начела облигационог, самим тим и привредног права, дозвољава да се довољним разлогом за пробијање може сматрати и изигравање циљева друштва које нема елемената изричите незаконитости. То што је одређено поступање члана друштва узроковало изостанак добити друштва, као његовог основног циља, не значи и да ће поступање тог члана бити противзаконито. Зависно од околности конкретног случаја, могуће је да за пробијање правне личности буде довољно учинити основаним да је изигравање циљева друштва учињено несавесним поступањем према друштву, а нарочито према његовим повериоцима. У прилог наведеног закључка говори и чињеница да је привредно друштво, сем једночланог, уговорна творевина. И у том уговорном односу, стране уговорнице су обавезне понашати се с дужном пажњом, у најмањем, с пажњом доброг домаћина. Притом, контролни члан друштва, односно члан са значајним учешћем је дужан показати и већи степен пажње. Он је обавезан поступати с пажњом доброг привредника, у разумном уверењу да поступа у најбољем интересу друштва.⁴¹⁹

⁴¹⁷ *Ibidem.*

⁴¹⁸ ЗОПД (2011), чл. 18 ст. 2 тач. 1.

⁴¹⁹ ЗОПД (2011), чл. 63 ст.1, у вези са чл. 61 ст.1 тач. 2 и 3.

Све наведено указује да и само одступање од начела савесности и поштења у опхођењу према друштву, а каткад и одсуство одређеног степена пажње, може бити препознато као злоупотреба правила о ограниченој одговорности. Довољно је да се поступцима члана, привредно друштво искористи противно основном смислу његовог постојања, а које логично доводи до повреде интереса његових поверилаца. То даље значи да циљеви друштва не морају бити изричито забрањени законом, како би њихово изигравање могло водити пробијању правне личности. Довољно је да се имовина друштва злоупотребљава на штру интереса поверилаца, а све под оградом правила о ограниченој одговорности за обавезе друштва.

При оцени дозвољености пробијања правне личности постојање злоупотребе правила о ограниченој одговорности ваља објективно посматрати. Није од значаја да ли је код члана друштва постојала намера чињења злоупотребе. Како је обавеза члана друштва да се у сваком моменту руководи интересима друштва, то значи да било које одступање од ових интереса представља недозвољену радњу, без обзира на постојање намере. Код лица која руководе друштвом, изражена је дужност поседовања одређеног степена знања, вештине и искуства које поседује разумно пажљиво лице и које би се основано могло очекивати за обављање те дужности у друштву. То довољно говори да се члан друштва који битно утиче на пословање привредног друштва, мора објективно уздржати од било ког вида злоупотребе правила о ограниченој одговорности. Позивање учиниоца злоупотребе на нестручност није довољан разлог за ослобођење од одговорности у случају пробијања правне личности.

Прихватањем теорије о објективној злоупотреби у поступку пробијања правне личности, преваљује се терет доказивања постојања кривице за насталу злоупотребу на њеног учиниоца. Тако је лице које иницира поступак пробијања дужно доказати постојање злоупотребе правила о ограниченој одговорности према објективним критеријумима. То даље значи да члан друштва, који је

објективно учинио злоупотребу правила о ограниченој одговорности, треба да доказује евентуално одсуство кривице за своје поступке.⁴²⁰

Ваља поменути и да се при оцени основаности захтева за пробијање правне личности, мора водити рачуна и о интензитету учињене злоупотребе правила о ограниченој одговорности. Засигурно је да багателна повреда правила о ограниченој одговорности неће представљати довољан разлог за пробијање. Неки од критеријума којима се ваља водити при оцени јесу свакако да је учињена злоупотреба могла бити од утицаја на немогућност друштва да уредно извршава своје обавезе повериоцима. Суштински, степен злоупотребе мора бити тако изражен, да је значајно допринео стечају друштва. Ту се, дакле, подразумева систематско занемаривање правила о ограниченој одговорности за обавезе друштва, које је превасходно штетило интересима самог друштва а потом и његових поверилаца.⁴²¹ Описани вид злоупотребе доприноси значајном умањењу целокупне стечајне масе, па самим тим и свих поверилаца стечајног дужника. Управо због тога поједини правни писци праве разлику између појединих видова злоупотребе правила о ограниченој одговорности, који су од пресудног утицаја на „пропадање“ привредног друштва и намирење потраживања свих поверилаца, од злоупотреба значајних за намирење само индивидуалних поверилаца.⁴²² С тим у вези, једино први поменути облик злоупотребе може бити од значаја за стечајно пробијање, док злоупотребе које могу бити од значаја за намирење само појединих поверилаца треба и даље да остану у домену „ванстечајног“ пробијања.

У правној теорији је присутно и становиште да, поред злоупотребе правила о ограниченој одговорности, као обавезан услов пробијања мора постојати имовинска корист.⁴²³ Овакав приступ подложен је критици. Наиме, логично је претпоставити да се у већини случајева злоупотреба права чини како би се од ње учинилац окористио. Најчешће је та корист имовинске природе. Међутим, то не мора увек бити случај. Имовинска корист није увек једини мотив за злоупотребу

⁴²⁰ Постојање објективне злоупотребе као довољног разлога за пробијање правне личности прихвата и професор Небојша Јовановић, који даље значајно запажа да је у пракси понекад тешко разграничити објективну од субјективне злоупотребе, јер се оне обично преплићу. О томе: Н. Јовановић (1997), стр. 875.

⁴²¹ К. Vanderkerchove (2006), стр. 83.

⁴²² *Ibidem*.

⁴²³ Н. Јовановић (1997), стр. 877-878.

правила о ограниченој одговорности. Злоупотребу могу узроковати и бројни други разлози. Примера ради, могуће је замислити ситуацију да се злоупотреба правила о ограниченој одговорности врши само у намери оштећења других поверилаца. С друге стране, корист не мора бити искључиво имовинска. Пробијање је могуће и у случајевима када се злоупотреба правила о ограниченој одговорности врши зарад остваривања нематеријалних интереса. Отуда је могуће закључити да постојање имовинске користи од пробијања представља најчешћу али не и једину претпоставку пробијања. Њено постојање није увек нужно како би пробијање правне личности било могуће, па је зато и не треба сматрати обавезним условом пробијања.

Нужно је истаћи и да поједини правни писци уз злоупотребу права, као посебан услов истичу и потребу да се њоме чини штета друштву, а посредно и повериоцима друштва.⁴²⁴ Међутим, издвајање штете као посебног услова за пробијање, у односу на злоупотребу правила о ограниченој одговорности за обавезе друштва, није од нарочите користи. Немогуће је замислити чињење злоупотребе права које, с друге стране, не штети интересима одређених лица. У крајњем, њеним чињењем се нарушава јавни интерес. Управо због тога је злоупотреба права недозвољена у нашем државно-правном поретку. Одсуство штетности водило би закључку да се одређено понашање не би могло окарактерисати као злоупотреба правила о ограниченој одговорности. Отуда, могуће је закључити да постојање штетности при чињењу злоупотребе чини саставни елемент њеног постојања, па га није потребно издвајати као посебан услов пробијања правне личности. Оваквом закључку доприноси и чињеница да је у компанијском закону изричито регулисано да ће злоупотреба правила о ограниченој одговорности нарочито постојати уколико се друштво или његова имовина користе зарад оштећења поверилаца.⁴²⁵ То дакле значи да оштећење поверилаца чини једну од законских претпоставки постојања злоупотребе, а не посебан услов за пробијање правне личности.

Зарад отклањања потенцијалних дилема у вези стечајног пробијања, потребно је појаснити да злоупотреба правила о ограниченој одговорности мора

⁴²⁴ С. Граић Степановић (2000), стр. 150.

⁴²⁵ ЗОПД (2011), чл. 18 ст. 2 тач. 3.

бити учињена пре момента отварања стечајног поступка према дужнику, како би пробијање правне личности у стечајном поступку уопште било могуће. Овакав закључак је резултат логичког резонувања, имајући у виду да чланови друштва по отварању стечајног поступка немају одлучујући утицај на руковођење друштвом. Самим тим, за време трајања стечајног поступка они не могу учинити злоупотребу правила о ограниченој одговорности за обавезе друштва.

Све наведено указује да злоупотреба правила о ограниченој одговорности за обавезе друштва представља сложен услов за пробијање правне личности, који се може манифестовати у различитим видовима понашања чланова друштва. Одређене претпоставке пробијања су компанијским законом изричито дефинисане. Овакав приступ ваља следити и код стечајног пробијања, јер у знатној мери олакшава доказивање злоупотребе поменутог правила. Ипак, злоупотреба се може манифестовати у бројним облицима који законом не могу бити побројани. Отуда је њено постојање, било код стечајног или „ванстечајног“ пробијања, нужно препознати у сваком конкретном случају, посматрајући је свеобухватно, тумачећи је у ширем смислу и уз прихватање објективне теорије о злоупотреби права.

2.1. Појавни облици који упућују на постојање злоупотребе

У пословној пракси, а потом и у правној теорији, препознати су одређени појавни облици, који упућују да је правило о ограниченој одговорности злоупотребљено. Неки од препознатљивих примера су изигравање циљева друштва, мешање имовине, извлачење имовине из друштва, поткапитализација. Њихово постојање, било појединачно или скупно, одговорност за пробијање чини извеснијом. Но, препознавање неких од наведених појавних облика не гарантује аутоматски и успех у поступку пробијања. Због тога је нужно детаљно проучити сваки од поменутих појавних облика, како би њихова улога у поступку пробијања била разјашњена.

2.1.1. Изигравање циљева друштва

Под снажним утицајем француског права, као нужан елемент постојања привредног друштва установљена је „заједничка намера чланова да се уједине и да сnose заједничке ризике“.⁴²⁶ Описана заједничка намера за удруживањем (*affectio societatis*) мора бити усмерена ка остваривању основних циљева друштва, стварању добити и уштеди трошкова. Уколико друштво представља само средство чланова за задовољење других интереса, а не циљева друштва, тада је реч о фиктивном друштву. Ово друштво представља само „чисту фасаду“ усмерену ка изигравању основних циљева друштва, па самим тим и његових поверилаца.

Најбољи показатељ да је друштво само привидно постојало, без тежње ка задовољењу основних циљева на којима почива, представља непостојање његове пословне активности, неуредна пословна документација, као и изражена презадуженост. Изигравање циљева друштва најчешће се у пракси препознаје у ситуацијама када је друштво коришћено искључиво зарад задуживања, а потом су остварена средства „извлечена“ из имовине друштва. Учесталост ових примера најбоље је била осликана у време тзв. „аутоматског стечаја“, некада постојаног у српској стечајној регулативи.⁴²⁷ Примера ради, по истраживању извршеном у

⁴²⁶ N. Reboul, „Remarques sur une notion conceptuelle et fonctionnelle: l'affectio societatis“, *Revue des sociétés*, No. 3/2000, Paris, стр. 425.

⁴²⁷ Закон о стечају, у одредбама чл. 150-154, прописивао је процедуру аутоматског отварања стечајног поступка према привредним друштвима која су обуставила сва плаћања у непрекидном трајању од годину дана. Поступак је био тако регулисан да је организација која спроводи поступак принудне наплате била у обавези да једном месечно, свим надлежним судовима за спровођење стечајног поступка, доставља обавештење о правним лицима која су обуставила плаћања у наведеном периоду. По пријему обавештења, стечајни судија је решењем о покретању претходног стечајног поступка одређивао висину предујма и рок од 60 дана од објављивања решења, у оквиру којег повериоци или стечајни дужник могу тражити спровођење стечајног поступка и положити предујам. Уколико предујам не буде уплаћен, стечајни судија на рочишту заказаном ради расправљања о постојању стечајног разлога, доноси решење о отварању и истовременом закључењу стечајног поступка. Након тога, друштво бива брисано из регистра, а евентуална његова имовина прелази у својину Републике Србије.

Међутим, због израженог принципа „конфискације“ имовине у описаној регулативи, одлуком Уставног суда Изз 850/2010 од 12. јула 2012. године (*Сл. гласник РС*, бр. 71/2012), утврђено је да су одредбе о тзв. „аутоматском стечају“, несагласне са Уставом Републике Србије.

О неуставности регулативе о „аутоматском стечају“ било је говора и знатно раније у правној литератури. О томе: Н. Јовановић, „Стечајна национализација (конфискација) у Србији, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1/2010, стр. 130-149.

Иначе, вредна је помена чињеница да је до момента проглашења неуставним одредаба о аутоматском стечају, за око три године њихове примене, покренуто преко 30.000 стечајних поступака по основу аутоматског стечаја. Б. Радуловић, „Стечај у Србији – чињенице, заблуде и

Привредном суду у Крагујевцу,⁴²⁸ од укупно 500 анализираних поступака спроведених по правилима тзв. „аутоматског стечаја“, 462 привредна друштва у стечају, односно 92,4% њих, су била регистрована у форми друштва са ограниченом одговорношћу, са уписаним минималним новчаним капиталом.⁴²⁹ Од тог броја је око 88,5% било регистровано у форми једночланог друштва. У већини случајева је степен презадужености био драстично изражен у односу на висину минималног основног капитала. О томе довољно говори податак да је просечно, у односу на све анализиране поступке, степен презадужености био и више од двеста пута већи у односу на просечну висину основног капитала свих анализираних друштава.⁴³⁰ Наведени резултати, несумњиво упућују на закључак да знатан број привредних друштава није основан у намери обављања привредне делатности и остваривања његових основних циљева. У великој мери је сврха њиховог постојања усмерена ка изигравању циљева друштва, зарад остваривања одређених незаконитих намера.

Отуда, препознавање појавних облика коришћења друштва за циљеве који нису правно дозвољени, представља значајну претпоставку успешног пробијања правне личности. Посебан значај у тој активности има чињеница отварања стечајног поступка према привредном друштву. Постојање злоупотребе циљева друштва се најбоље осликава у стечајном поступку, кроз могућност сагледавања и анализе читаве пословне активности привредног друштва. Наравно, то се може учинити на једноставан начин, само у случају када стечајни дужник поседује

ненамераване последице“, *Економска политика Србије у 2014: Могућности привредног раста у условима реформи и фискалне консолидације*, Економски факултет Универзитета у Београду, 2014, стр. 131.

У прве две године примене одредаба о „аутоматском стечају“ (2010. и 2011. година), брисањем из регистра привредних субјеката престало је да постоји 15.607 привредних друштава. Током 2012. године престало је да постоји још око 900 привредних друштава. Подаци преузети са сајта: www.paragraf.rs/dnevne-vesti/020812/020812-stampa3.html (сајт посећен 25. августа 2016. године).

⁴²⁸ Истраживање је спроведено у току 2014. године, када је насумично извршен одабир 500 стечајних предмета вођених по правилима тзв. „аутоматског стечаја“ (путем базе података у Привредном суду у Крагујевцу - „Мега Либра“). Циљ истраживања усмерен је ка утврђивању оквирног степена презадужености привредних друштава у поступцима тзв. аутоматског стечаја, као и према којим формама привредног друштва се овај поступак најчешће спроводи.

⁴²⁹ Према тада важећем ЗОПД (2004), у чл. 112 ст. 1, било је прописано да новчани део основног капитала друштва са ограниченом одговорношћу на дан уплате износи најмање 500,00 (петстотина) евра у динарској противвредности по средњем курсу, од чега се најмање половина уплаћује на привремени рачун до регистрације друштва, а остатак се уплаћује на рачун друштва у року од две године од дана регистрације.

⁴³⁰ Подаци о степену задужености прибављени су из обавештења Народне банке Србије о висини блокаде текућег рачуна привредних друштава у непрекидном трајању од најмање годину дана.

уредну пословну документацију. Међутим, чак и уколико пословна документација друштва није уредна, или иста уопште не постоји, може се рећи да сама та чињеница представља значајну индицију о постојању злоупотребе правила о ограниченој одговорности. Свакако, основаност ове индиције ваља утврдити довољњем у везу са другим појавним облицима злоупотребе.

2.1.2. Мешање имовина

Начелно посматрано, закључивање правних послова о располагању имовином између члана и друштва није правно недозвољено. Подразумева се потреба да такво располагање буде вршено уз адекватну накнаду и да је уредно евидентирано у „пословној документацији“⁴³¹ привредног друштва. Међутим, у пословној пракси су чести примери мешања имовине члана са имовином друштва. Поједини правни писци сматрају да мешањем имовина члана и друштва долази до мешања њихових идентитета,⁴³² чиме се ствара један правни ентитет.⁴³³ Отуда се поставља питање да ли сама немогућност разликовања имовине друштва од имовине његових чланова представља довољан разлог за пробијање правне личности. У америчкој судској пракси је, примера ради, присутно становиште да просто мешање имовине није довољно за примену института пробијања.⁴³⁴ Оно мора бити праћено још и одређеним показатељима, који би такво мешање чинили преварним или макар неправедним.⁴³⁵ И у појединим немачким судским одлукама се овом питању приступа на сличан начин. Тако немачки судови у већини

⁴³¹ Појам „пословна документација“ у овом контексту подразумева генеричан назив за рачуноводствене исправе, пословне књиге и финансијске извештаје. Ова документација је појмовно регулисана у Закону о рачуноводству (*Сл. гласник РС*, бр. 62/2013; даље у фуснотама: ЗОР). У чл. 8 ст. 2 наведеног Закона, прописано је да рачуноводствена исправа представља писани документ или електронски запис о насталој пословној промени, који обухвата све податке потребне за књижење у пословним књигама тако да се из рачуноводствене исправе недвосмислено може сазнати основ, врста и садржај пословне промене. Пословне књиге, сходно чл. 11 ст. 1 и 2 овог Закона, представљају једнообразне евиденције о стању и променама на имовини, обавезама и капиталу, приходима и расходима правних лица и предузетника. У њих се убраја пословни дневник, главна књига и помоћне књиге.

⁴³² У немачкој теорији се чак прави и разлика међу појмовима мешања имовина (нем. *Vermögensvermischung*) и мешања идентитета (нем. *Sphaerenvermischung*). Међутим, ове појмовне разлике нису од већег практичног значаја.

⁴³³ U. Ehricke, *Das abhängige Konzernunternehmen in der Insolvenz*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1998, стр. 571.

⁴³⁴ *Lowell Staats Mining Co. v. Pioneer Uranium, Inc.*, 878 F.2d 1259, 1264 (10th Cir. 1989).

⁴³⁵ C. Altig, *op. cit.*, стр. 212.

случајева не дозвољавају пробијање правне личности у ситуацији када се врши мешање тачно одређене (индивидуализоване) ствари, већ је могуће проширење одговорности само ка тој имовини.⁴³⁶ Потребно је да пословна документација буде тако нејасна да је разликовање имовина потпуно немогуће.

Следом наведеног, може се рећи да мешање имовина представља претпоставку постојања злоупотребе правила о ограниченој одговорности уколико је имовина друштва тако помешана са имовином члана, да из пословне документације привредног друштва „...више није могуће утврдити припадају ли поједини делови имовине друштву или су део приватне имовине његовог члана“.⁴³⁷ Због немогућности разликовања имовина отежан је, или готово онемогућен, поступак намирења потраживања поверилаца друштва, јер се не може разлучити ко је њен истинити титулар. С друге стране, мешање имовина значајно нарушава и пословни развој друштва, с обзиром да најчешће доводи до смањења капитала друштва које није пропраћено уредном евиденцијом у пословној документацији. Тако повериоци друштва немају стварну слику о имовини којом оно одговара за своје обавезе.⁴³⁸

Међутим, анализом дефиниције мешања имовина остаје нејасно да ли само постојање неуредне пословне документације представља довољну претпоставку постојања мешања имовина, које доводи до пробијање правне личности. Актуелност овог питања произлази нарочито из околности да ни у упоредном праву нема законских решења која би учинила извесним услове за установљавање одговорности због мешања имовина. Чак и у немачкој судској пракси и правној теорији, која се понајвише бави овим појавним обликом злоупотребе, наведено питање није довољно разјашњено. У једној од водећих одлука Врховног суда Немачке, у којој је расправљано о одговорности због мешања имовина, закључено је да до пробијања правне личности услед мешања имовина „по правилу“ долази уколико су испуњене следеће претпоставке: да делови имовине друштва нису евидентирани у пословној документацији друштва, односно да пословна

⁴³⁶ B. Singhof, *op. cit.*, стр. 161.

⁴³⁷ R. Brnabić (2010), стр. 72.

⁴³⁸ *Ibid.*, стр. 81.

документација друштва није уредна, или је „друкчије“ изостала јасна граница између имовине друштва и имовине члана“.⁴³⁹

У потрази за одговором на постављено питање ваља поћи од неколико чињеница. Наиме, у законској регулативи готово свих савремених правних система установљена је дужност уредног књижења свих пословних промена у имовини друштва.⁴⁴⁰ Непоштовање ове дужности превасходно води одговорности друштва за привредни преступ.⁴⁴¹ Потом, неуредност пословне документације друштва води и одговорности директора према друштву.⁴⁴² Ова одговорност је неуговорна и суштински резултира одговорношћу директора за накнаду штете друштву.⁴⁴³ Такође, у оквиру компанијске регулативе су предвиђена и правна средства која сваком члану друштва омогућавају заштиту због неуредног вођења пословне документације директора. Овде се превасходно мисли на могућност подношења деривативне тужбе уколико чланови поседују одговарајуће квалификовано учешће у друштву.⁴⁴⁴ Ако то није случај, описаној незаконитости се чланови могу противити предузимањем активности у скупштини друштва, које, у крајњем, могу водити несаглашавању са одређеним одлукама скупштине а потом и остваривању права као несагласних чланова, односно акционара.⁴⁴⁵ Дакле, из наведеног произлази да су савесном члану привредног друштва, који нема намеру да злоупотреби правило о ограниченој одговорности, ипак доступна правна средства којима се адекватно може успротивити неуредном вођењу пословне документације друштва. Како неуредност пословне документације друштва не може остати непозната члану друштва који се према њему савесно односи, то се претпоставља да сваки члан друштва има обавезу да предузме сва расположива правна средства како би уочену неуредност спречио. Уколико то не учини, логично се може појавити сумња да неуредност пословне документације

⁴³⁹ *Urteil vom November 12, 1984*, Bundesgerichtshof, W. Ger., BGH II ZR 250/83, WM 1985.

⁴⁴⁰ У Републици Србији ова дужност установљена је према ЗОР, чл. 10.

⁴⁴¹ ЗОР, чл. 46 ст. 1 тач. 6 и 12.

⁴⁴² ЗОПД (2011), чл. 225 и 398 (у погледу пословних књига); ЗОР, чл. 32 ст. 2 (у погледу финансијских извештаја).

⁴⁴³ ЗОПД (2011), чл. 415.

⁴⁴⁴ Сходно чл. 79 ст. 1 тач. 2 ЗОПД (2011), право на подношење деривативне тужбе имају чланови који поседују уделе, односно акције које представљају најмање 5% основног капитала друштва, независно од тога да ли је основ за подношење деривативне тужбе настао пре или након стицања својства члана друштва.

⁴⁴⁵ ЗОПД (2011), чл. 474-477. О томе и: М. Васиљевић, „Модел и трендови управљања акционарским друштвом у упоредном праву и пракси“, *Правни информатор*, бр. 5/2004, стр. 4.

произлази из намере члана друштва да изигра повериоце друштва и онемогући их да своја потраживања уредно намире. Овакав закључак нарочито постаје изванредан у ситуацији када повериоци друштва не могу своја потраживања наплатити из имовине привредног друштва, управо због немогућности разликовања имовине члана од имовине друштва, јер и тада савестан члан друштва има могућност да разјасни ову дилему, јасно указујући која имовина улази у основни капитал друштва, и тако омогући повериоцима да намире своја потраживања. Уколико то не учини, па и тада остане пасиван, намеће се потреба преиспитивања могућности да је до мешања имовине дошло његовом кривицом.

Отуда, оправданост постојања мешања имовина као разлога који претпоставља злоупотребу правила о ограниченој одговорности, нарочито постаје извесна у случају испуњења стечајног разлога према привредном друштву и отварања стечајног поступка. Тада непостојање уредне пословне документације чини готово извесном претпоставку постојања мешања имовина, нарочито када члан друштва, који је знао или је морао знати за неуредност пословне документације, није предузео икакве мере да ову правну неваљаност отклони или макар умањи. Отуда је баш у моменту инсолвентности друштва, а још више у моменту његове презадужености, реално претпоставити да је пасивност члана друштва резултат његове намере да одређену имовину друштва прикрије и тако умањи будућу стечајну масу. Тада је, по логици ствари, могуће закључити да је мешање имовине члана са имовином друштва наступило због намере изигравања поверилаца, било да се тиме жели „прикрити“ евентуално извлачење средстава из имовине друштва или постоји искључиво намера оштећења поверилаца.

Дакле, да би мешање имовина било довољан разлог за пробијање правне личности потребно је испитати неколико чињеничних претпоставки. Првенствено је нужно утврдити да ли се имовина друштва и члана могу јасно разликовати.⁴⁴⁶ Докле год је могуће имовине чланова и друштва јасно разликовати, или макар индивидуализовати ствари које су мешане, пробијање правне личности није оправдано. Од битног значаја за третирање мешања имовина као довољног разлога за пробијање, јесте и околност да је привредно друштво постало

⁴⁴⁶ С. Alting, *op. cit.*, стр. 215.

инсолвентно или презадужено, а нарочито уколико је према њему отворен стечајни поступак. Свему наведеном треба додати и да је за мешање имовина типично да се из пословне документације друштва, због њене неуредности или непостојања, не може утврдити јасан ток преноса имовина. Тек по испуњењу ових претпоставки могуће је наслутити да је мешањем имовина дошло до злоупотребе правила о ограниченој одговорности, учињене у намери изигравања поверилаца друштва.

На крају, ради бољег теоријског разумевања овог разлога за пробијање, потребно је истаћи да се, посебно у америчкој правној литератури, поред појма мешање имовина користи и термин „занемаривање корпоративних формалности“ (енгл. „*Disregard of Corporate Formalities*“).⁴⁴⁷ Како мешање имовина претпоставља постојање неуредног књиговодства, као и изостанак одређених корпоративних процедура и одлука друштва, то постоји блиска веза између ових претпоставки пробијања правне личности.

2.1.3. Извлачење средстава из имовине друштва

Иако то не мора увек бити случај, до мешања имовина најчешће долази како би се прикрило извлачење средстава из имовине друштва. Отуда питање извлачења средстава из имовине друштва заузима значајно место у расправи о разлозима пробијања. Наведено потврђује чињеница да, према позитивној компанијској регулативи Србије, овај појавни облик представља законску претпоставку злоупотребе правила о ограниченој одговорности.⁴⁴⁸

Извлачење средстава из имовине друштва се најчешће јавља преношењем имовине друштва у имовину члана, било да се ради о новчаним средствима или другим стварима. Супротни примери, где се имовина члана недопуштено преноси у имовину друштва, мање су присутни. Они се јављају у случају када члан друштва жели изиграти своје повериоце, па сопствену имовину у виду улога унесе у привредно друштво чији је члан. Такође, извлачење средстава је могуће учинити и на друге начине. Тако коришћење имовине друштва или појединих њених

⁴⁴⁷ *Ibid.*, стр. 217.

⁴⁴⁸ ЗОПД (2011), чл. 18 ст. 2 тач. 2.

делова зарад задовољења личних потреба члана, без икакве накнаде друштву или уз незнатну накнаду, такође представља облик извлачења средстава. Чак и уколико таквим поступањем није учињена непосредно штета друштву, оно ће се тада сматрати правно недопуштеним. Ово из разлога што извлачење средстава из имовине друштва не мора увек пратити непосредна штета по друштво. Сам изостанак користи, која се могла реално очекивати из одређеног поступања члана, може окарактерисати његово понашање недопуштеним. Извлачење средстава, такође, може настати и услед самог пропуштања привредног друштва да истакне одређени захтев према члану, поводом евентуалне доспеле а неизмирене обавезе члана према друштву.⁴⁴⁹ То се нарочито дешава у ситуацијама када је друштво дало на зајам одређена средства његовом члану или са њим повезаном лицу. Слично ће се десити и услед пропуштања тражења какве друге тражбине од ових лица.

Често се дешава да одређени послови, које прати присуство високог степена пословног ризика, могу указати на потенцијалну намеру извлачења средстава из друштва. То се нарочито дешава у ситуацији када се ови пословни подухвати предузимају између повезаних друштава. У том контексту и сам пренос клијентеле са једног на друго друштво чини извесном намеру извлачења средстава из имовине друштва. Ради лакшег препознавања извлачења средстава из имовине друштва на овај начин, што се најчешће дешава код повезаних друштава, ваља истаћи и да је свака промена у основном капиталу друштва, било да се ради о његовом повећању⁴⁵⁰ или смањењу,⁴⁵¹ праћена обавезом доношења одређених одлука скупштине друштва. Законском регулативом се нарочито прописује строга процедура при стицању и располагању имовином велике вредности.⁴⁵² Тако сваки пропуст чланова друштва да промене у основном капиталу, било да се ради о повећању основног капитала, његовом смањењу а нарочито код располагања имовином велике вредности, не буду пропраћене адекватном процедуром, а потом и одговарајућом одлуком скупштине, додатно упућује и подгрева сумњу о постојању недопуштеног захвата у имовину друштва,

⁴⁴⁹ R. Vrnabić (2010), стр. 104.

⁴⁵⁰ ЗОПД (2011), чл. 146 и 294.

⁴⁵¹ ЗОПД (2011), чл. 147 и 314.

⁴⁵² ЗОПД (2011), чл. 470 – 474.

било да се ради о намери извлачења средстава или простој намери оштећења поверилаца. Описано становиште има нарочито оправдање у случају када је у том моменту друштво било инсолвентно или презадужено.

2.1.4. Поткапитализација

Привредним друштвима је подарен правни субјективитет са идејом удруживања знања и капитала више лица ради обављања привредне делатности зарад остваривања добити. Тек су се доцније јавиле форме индивидуализованих друштава. Без обзира да ли је друштво основано удруживањем више лица или индивидуално, оно не може опстати без свог персоналног супстрата. По природи ствари, већину привредних друштава одликује и њихов материјални супстрат. Тако се с правом може рећи да привредно друштво чини „јединство персоналног и материјалног супстрата“.⁴⁵³ Према позитивној компанијској регулативи у Србији, материјални супстрат привредног друштва чини његова имовина. Притом, имовину друштва у компанијском праву чине ствари и права у власништву друштва, као и друга његова права.⁴⁵⁴ Дакле, „имовину привредног друштва чини укупност права која припадају привредном друштву као правном лицу.“⁴⁵⁵ Обавезе не чине имовину, већ су њени терети. Разлика између вредности имовине и обавеза друштва представља нето имовину (капитал) друштва.⁴⁵⁶ Поред наведеног, законом је регулисан и појам основног (регистрованог) капитала, који представља новчану вредност уписаних улога чланова друштва у само друштво. Основни капитал друштва региструје се у складу са законом о регистрацији привредних субјеката.⁴⁵⁷ Дакле, основни капитал се формира на основу улога чланова/акционара, путем којих они стичу сразмерне уделе, односно акције у друштву,⁴⁵⁸ а друштво тако стиче своју имовину.

⁴⁵³ М. Васиљевић (2011), стр. 75.

⁴⁵⁴ ЗОПД (2011), чл. 44 ст. 1.

⁴⁵⁵ М. Васиљевић (2011), стр. 76.

⁴⁵⁶ ЗОПД (2011), чл. 44 ст. 2.

⁴⁵⁷ ЗОПД (2011), чл. 44 ст. 3.

⁴⁵⁸ У праву привредних друштава Србије, улози у друштвима са ограниченом одговорношћу и акционарским друштвима могу бити новчани и неновчани. Неновчани улози могу бити у стварима и правима. Улози у раду и услугама могу бити само код ортака и комплементара. Онемогућавањем да улози у раду и услугама, као неновчани улози, чине део основног капитала друштва са

По природи ствари, подразумева се да основни капитал друштва треба да буде адекватан делатностима које привредно друштво обавља.⁴⁵⁹ Због тога, правила о одржавању вредности основног капитала и реалности основног капитала чине основу на којој је устројено компанијско право већине савремених система, укључујући и право Европске уније.⁴⁶⁰ Иако је Другом директивом Европске уније,⁴⁶¹ предвиђено постојање обавезујуће норме о одрживости минималног основног капитала само у односу на акционарска друштва, велики број држава, нарочито чланица ЕУ, је правила о минимуму основног капитала задржало и у односу на друге форме друштава, а нарочито на друштва са ограниченом одговорношћу. У пракси се, ипак, испоставило да концепт одрживости основног капитала, као одговор на ограничење одговорности чланова за обавезе друштва капитала, није у довољној мери испунио основни циљ због којег је установљен, а то је заштита интереса поверилаца друштва.⁴⁶² Све су присутније критике упућене на рачун правила о неповредивости минималног основног капитала, уз тврдње да он представља само „привид сигурности“ поверилаца.⁴⁶³

ограниченом одговорношћу, правни систем Србије је постао јединствен по овом питању у односу на правне системе других земаља. О томе: М. Радовић, „Рад и услуге као улог у основни капитал привредног друштва“, *Право и привреда*, бр. 4-6/2013, стр. 226 – 242.

⁴⁵⁹ Више: D. Smith, „Piercing the Corporate Veil in Regulated Industries“, *Brigham Young University Law Review*, 2008, стр. 1174-1176.

⁴⁶⁰ В. Радовић, „Измене Друге директиве ЕУ и могући правци будућег развоја“, *Право и привреда*, бр. 5-8/2007, стр. 182.

⁴⁶¹ Directive 2012/30/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 on coordination of safeguards which, for the protection of the interests of members and others, are required by Member States of companies within the meaning of the second paragraph of Article 54 of the Treaty on the Functioning of the European Union, in respect of the formation of public limited liability companies and the maintenance and alteration of their capital, with a view to making such safeguards equivalent Text with EEA relevance, *Official Journal*, L 315 from 14. November 2012.

⁴⁶² Сама чињеница да степен намирења поверилаца у стечајном поступку износи у просеку око 25-30% у Републици Србији, око 30-35% у земљама у окружењу (Румунија, Бугарска, Хрватска), па чак и око 53% СР Немачкој, указује на недовољност постојања минималног основног капитала привредних друштава као гаранта намирења потраживања поверилаца, чак и поред неспорне околности да основни капитал не чини једини извор намирења. О степену намирења поверилаца у стечајном поступку видети више код: Б. Радуловић, „Емпиријска анализа банкрутства у Републици Србији“, *Усклађивање пословног права Србије са правом Европске Уније – 2011* (ур. В. Радовић), стр. 146; Г. Ајншпилер-Поповић, *Коментар новог Закона о стечају*, стр. 4, доступно на: www.bs.scrib.com (сајт посећен 28. августа 2016. године).

⁴⁶³ Н. Boschma, L. Lennarts, Н. Schutte-Veenstra, „The Reform of Dutch Private Company Law: New Rules for the Protection of Creditors“, *European Business Organization Law Review*, No. 8/2007, стр. 573, доступно на: www.cambridge.org (сајт посећен 14. маја 2016. године).

Треба имати у виду да капитал привредног друштва, након његовог оснивања, није увек једнак минималном основном капиталу. Логично је да након оснивања привредног друштва он буде већи, с обзиром да се имовина друштва, остваривањем добити у пословању, увећава. Тако, у економском смислу, привредно друштво током свог пословања формира тзв. „сопствени капитал“, у који се, поред минималног основног капитала, убрајају и резерве друштва, било оне обавезне или факултативне, као и нераспоређена добит.⁴⁶⁴ Сопствени капитал друштва чини, дакле, све оно што оснивачи унесу при оснивању, као и све оно што друштво накнадно стекне својим пословањем.⁴⁶⁵ Међутим, у савременим условима пословања је често сопствени капитал друштва недовољан да одговори потребама друштва на привредном тржишту, у коме је конкуренција неумољива. Због тога је друштво принуђено да се ослања и на позајмљени капитал, некада краткорочни а некада и дугорочни. Позајмљени капитал најчешће се односи на кредитна задужења и средства прибављена издавањем обвезница. Поред сопственог и позајмљеног капитала познати су и тзв. хибридни (мешовити) инструменти финансирања, који по својој природи имају елементе и власничког и позајмљеног капитала. Типичан пример хибридног инструмента финансирања представља предмет уговора о оперативном лизингу, који банка као суоснивач уноси у основни капитал неког привредног друштва.⁴⁶⁶ Тако средства добијена из оперативног лизинга представљају део основног капитала друштва до истека уговореног рока трајања лизинга.

И поред описаних извора финансирања, дешава се да капитал друштва није довољан за уредно измиривање његових обавеза према сопственим повериоцима. Тада се поставља питање поткапитализације друштва. У правној теорији се

⁴⁶⁴ М. Иваниш, „Елементи структуре капитала корпоративног предузећа“, *Правно – економски погледи*, бр. 2/2012, стр. 3-9, доступно на: www.pepogledi.org/Arhiva/2012_02/ (сајт посећен 29. августа 2016. године).

⁴⁶⁵ Ј. Barbić (2005), стр. 144.

⁴⁶⁶ Поједини аутори под хибридним инструментима улагања помињу и капитал остварен емисијом преференцијалних акција и издавањем хибридних обвезница. М. Иваниш, *op. cit.*, стр. 17. Међутим, овакав приступ се не може у потпуности прихватити. Емисијом преференцијалних акција се омогућавају само одређене погодности њиховом стицаоцу, које, у економском смислу, представљају профит од улагања у капитал привредног друштва. Улагањем у преференцијалне акције остварени капитал постаје апсолутно капитал друштва, одн. тзв. „сопствени капитал“. С друге стране, једино би се могле тзв. заменљиве обвезнице, као и варанти са правом на стицање акција могли сматрати мешовитим капиталом, јер ту позајмљени може прерасти у сопствени капитал друштва.

поткапитализација уопштено посматра као „недовољан ниво капитала“ за обављање делатности друштва.⁴⁶⁷ Првобитно учење о поткапитализацији односило се на недовољност иницијалног капитала оснивача при оснивању друштва, у односу на обавезе које ће очекивано настати с обзиром на делатност друштва.⁴⁶⁸ Међутим, имајући у виду да је данас могуће основати поједине форме привредних друштава без готово икаквог почетног капитала,⁴⁶⁹ очигледно је да се питање поткапитализације може поставити и накнадно, у периоду након оснивања привредног друштва.

С обзиром да се поткапитализација у појединим правним системима помиње као један од појавних облика који могу довести до пробијања правне личности, расправа о питању „недовољности капитала“ нарочито добија на значају. Отуда, превасходно треба имати у виду једну од уобичајених разврставања поткапитализације на номиналну и материјалну, која је уобичајена у немачком праву.⁴⁷⁰ Номинална поткапитализација постоји у ситуацији када друштво „покрије финансијске потребе пословања зајмом од својих чланова“.⁴⁷¹ Тада су финансијске потребе друштва намирене капиталом осигураним од стране његових чланова, с тим да је то „учињено у погрешној форми“,⁴⁷² тј. путем тзв. позајмљеног капитала, а не улагањем у основни капитал друштва. С друге стране, материјална капитализација постоји у случајевима када капитал друштва, заједно са позајмицама датих од његових чланова, није довољна за измиривање средњорочних или дугорочних обавеза друштва, имајући виду делатност коју друштво обавља.⁴⁷³ Овај појам је у правној теорији касније и проширен, тако што се постојање материјалне поткапитализације, поред недовољности капитала и позајмица од чланова друштва, везује и за немогућност „да друштво добије

⁴⁶⁷ H. Gelb, „Piercing the Corporate Veil – The Undercapitalization Factor“, *Chicago-Kent Law Review*, Vol. 59, 1982, стр. 21.

⁴⁶⁸ S. B. Presser, *op. cit.*, стр. 26.

⁴⁶⁹ Примера ради, према чл. 145 ЗОПД (2011), прописано је да основни капитал друштва са ограниченом одговорношћу износи најмање 100 динара, осим ако је посебним законом предвиђен већи износ основног капитала за друштва која обављају одређене делатности.

⁴⁷⁰ C. Alting, *op. cit.*, стр. 207.

⁴⁷¹ M. Miola, „Legal Capital Rules in Italian Company Law and the EU Perspective“, *European Company and Financial Law Review* (M. Lutter ed.), 2004, стр. 518.

⁴⁷² R. Brnabić (2013), стр. 177.

⁴⁷³ C. Alting, *op. cit.*, стр. 207; упућује на Питера Улмера (нем. *Peter Ulmer*), као утемељивача овог појма.

кредит од банке“,⁴⁷⁴ односно позајми капитал. Међу правним писцима постоји сагласност да поткапитализација друштва још увек не постоји иако је сопствени капитал друштва видљиво недовољан за испуњење његових обавеза, али се оно и даље финансира позајмљеним капиталом.⁴⁷⁵

Иако у немачкој литератури постоје становишта која оправдавају пробијање правне личности у случају постојања материјалне поткапитализације,⁴⁷⁶ овакво становиште није апсолутно примењено у пракси. Чак је у једној од првих одлука Врховног суда Немачке о питању пробијања због материјалне поткапитализације, суд је стао на становиште да одговорност чланова полази из начела савесности и поштења.⁴⁷⁷ Наиме, материјална поткапитализација у том случају није била једини разлог пробијања, већ чињеница да је друштво обављало своју делатност и након што је једини члан друштва знао да друштво није у стању да испуњава своје обавезе према повериоцима. И у каснијим примерима постаје очигледно да материјална поткапитализација не може самостално водити пробијању правне личности. Уз њу мора бити утврђено постојање још неких показатеља злоупотребе правила о ограниченој одговорности.⁴⁷⁸ У супротном, постојање искључиво материјалне поткапитализације чешће води одговорности члана за штету друштву, због повреде дужности лојалности према друштву, нарочито уколико је учествовао у његовом управљању.⁴⁷⁹

И у америчком праву преовлађује становиште да поткапитализација не може бити једини фактор који утиче на пробијање правне личности.⁴⁸⁰ У самој идеји о „неадекватној капитализацији“, као појавном облику злоупотребе, пошло се од тога да члан друштва који намерно при оснивању друштва уложи капитал, знајући да исти неће бити довољан за испуњење очекиваних обавеза које друштво намерава обављати, чини злоупотребу корпоративне форме, па ће зато бити

⁴⁷⁴ R. Brnabić (2010), стр. 127.

⁴⁷⁵ S. Wimmer-Leonhardt, *Konzernhaftungsrecht: Die Haftung der Konzernmuttergesellschaft für die Tochtergesellschaften im deutschen und englischen Recht*, Tübingen, 2004, стр. 427.

⁴⁷⁶ N. R. Banerjea, „Haftungsfragen in Fällen materieller Unterkapitalisierung und im qualifizierten faktischen Konzern“, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* (ZIP), 1999, стр. 1157; M. Habersack, „Grundfragen der freiwilligen oder erzwungenen Subordination von Gesellschafterdarlehen“, *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* (ZGR), 2000, стр. 389.

⁴⁷⁷ *Urteil vom Januar 23, 1958, Bundesgerichtshof, BGH II ZR 166/56.*

⁴⁷⁸ C. Alting, *op. cit.*, стр. 208-210.

⁴⁷⁹ *Ibidem.*

⁴⁸⁰ S. B. Presser, *op.cit.*, стр. 67.

одговоран за обавезе друштва. Ова се идеја у правној литератури везује за америчку државу Калифорнију,⁴⁸¹ у којој поједини писци „некоректно сугеришу да поткапитализација представља довољан фактор за пробијање правне личности.“⁴⁸² Међутим, у доцнијим примерима судске праксе и у самој Калифорнији,⁴⁸³ а готово јединствено и у америчкој правној теорији,⁴⁸⁴ прихваћен је став да поткапитализација, као самосталан фактор, никако не може водити пробијању правне личности. Она може представљати само индицију злоупотребе, која се установљава њеним довођењем у везу са другим видовима злоупотребе правила о ограниченој одговорности члана за обавезе друштва.

У сваком случају, питање одговорности у случају поткапитализације може бити постављено само уколико је она знатно изражена, несумњива. Такав вид поткапитализације се у немачком праву често назива „квалификованом“.⁴⁸⁵ „Квалификована“ или очигледна поткапитализација постоји у ситуацији када је финансијска опремљеност друштва очигледно недовољна и која врло вероватно доводи до пропасти друштва на штету његових поверилаца.⁴⁸⁶ Недоумице постоје по питању када ће поткапитализација бити „квалификована“, тј. када се уопште може говорити да је друштво очигледно поткапитализовано. Ово питање нарочито добија на значају уколико се има у виду да се поједине форме привредних друштава могу основати готово без минималног основног капитала. Присутна су мишљења да главни критеријум за одређивање „квалификоване“ поткапитализованости друштава у овим ситуацијама јесте кредитна (не)способност друштва.⁴⁸⁷ Међутим, овај критеријум није поуздан. При оцени кредитне способности банка се не руководи правним, већ економским принципима. У појединим случајевима, зависно од своје пословне политике, банка може одобрити кредит и лицу које није кредитно способно. Отуда, критеријум

⁴⁸¹ *Minton v. Cavaney*, 56 Cal. 2d 576, 15 Cal. Rptr. 641, 364 P.2d 473 (1961).

⁴⁸² *Ibid.*, стр. 147.

⁴⁸³ *Associated Vendors, Inc. v. Oakland Meat Co.*, 210 Cal. App. 2d 825, 26 Cal. Rptr. 806, 813 (1st Dist. 1962); *Pearl v. Shore*, 17 Cal. App. 3d 608, 617, 95 Cal. Rptr. 157, 162-163 (2d Dist. 1971); *Wechsler v. Macke Intern. Trade Inc.*, 327 F. Supp. 2d 1139 n.9 (C.D. Cal, 2004).

⁴⁸⁴ Н. Gleb (1982), стр. 4-5; R. Clark (1977), стр. 547; S. B. Presser, *op.cit.*, стр. 154-155.

⁴⁸⁵ R. Brnabić (2010), стр. 138.

⁴⁸⁶ Слично: Н. J. Priester, „Die eigene GmbH als fremder Dritter Eigensphäre der Gesellschaft und Verhaltenspflichten ihrer Gesellschafter“, *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (ZGR)*, 1993, стр. 526.

⁴⁸⁷ R. Brnabić (2010), стр. 139, упућује на: С. Weitbrecht, *Haftung der Gesellschafter bei materieller Unterkapitalisierung der GmbH*, Köln, 1990, стр. 32.

поткапитализације треба ценити у сваком конкретном случају, узимајући у обзир све околности које указују на очигледну поткапитализованост друштва, а не само кроз критеријум кредитне способности.

Следом наведеног, могуће је закључити да поткапитализација друштва самостално не претпоставља злоупотребу правила о ограниченој одговорности чланова. Она може бити само једна од индиција њеног постојања, а крајња оцена доноси се довођењем у везу са другим појавним облицима злоупотребе.

3. Недовољност стечајне масе као услов стечајног пробијања

Потреба за „ванстечајним” пробијањем правне личности настаје само у ситуацији када привредно друштво нема довољно средстава да повериоцу измири доспеле обавезе. У супротном, интерес за пробијањем не би могао опстати. По сличном принципу могуће је анализирати постојање правног интереса и у случају стечајног пробијања, свакако узимајући у обзир специфичности стечајне процедуре.

Наиме, до отварања стечајног поступка најчешће долази због инсолвентности (несолвентности) стечајног дужника. Несолвентност постоји када дужник „прописано дуже време не испуњава (не плаћа) своје новчане обавезе.”⁴⁸⁸ Њу је потребно разликовати од неликвидности, претеће неспособности плаћања и презадужености. Неликвидност представља привремену и пролазну неспособност плаћања, која траје краће од времена прописаног за постојање инсолвентности (трајније неспособности плаћања).⁴⁸⁹ Претећа неспособност плаћања постоји у ситуацији када дужник учини вероватним да своје доспеле новчане обавезе неће моћи да испуни,⁴⁹⁰ а презадуженост постоји када укупан износ дугова превазилази укупну вредност права у имовини дужника.⁴⁹¹ Обично се стање инсолвентности и презадужености поклапају, мада, то не мора увек бити случај. Привредно друштво

⁴⁸⁸ Г. Илић-Попов, Н. Јовановић, Ј. Јовановић (ур.), *op. cit.*, стр. 159.

⁴⁸⁹ Законом о стечају је, у чл. 11 ст. 3, прописано да трајнија неспособност плаћања постоји ако стечајни дужник: 1) не може да одговори својим новчаним обавезама у року од 45 дана од дана доспелости; 2) потпуно обустави сва плаћања у непрекидном трајању од 30 дана.

⁴⁹⁰ Закон о стечају, чл. 11 ст. 2 тач. 2.

⁴⁹¹ Г. Илић-Попов, Н. Јовановић, Ј. Јовановић (ур.), *op. cit.*, стр. 160.

може бити трајније неспособно за плаћање али не и презадужено, и обрнуто. Због тога се у нашој стечајној регулативи трајнија неспособност плаћања сматра засебним стечајним разлогом у односу на претећу неспособност и презадуженост.⁴⁹² То даље подразумева да стечајни поступак може бити отворен и у случају када привредно друштво није презадужено. Уколико стечајни поступак није отворен због презадужености, може се испоставити да по образовању стечајне масе, у коју улази сва имовина стечајног дужника,⁴⁹³ иста буде довољна за намирење свих поверилаца. И тада ће стечајни поступак бити спроведен ради намирења поверилаца по правилима стечајне регулативе. Уколико по намирењу потраживања свих поверилаца стечајног дужника преостану средства у стечајној маси, иста ће бити подељена члановима друштва, сразмерно њиховим уделима у друштву.

Уколико се испостави да у стечајној маси постоји довољно средстава за намирење потраживања свих поверилаца, не би постојао ваљан правни интерес за пробијање правне личности. Основна сврха пробијања јесте намирење потраживања поверилаца. Када је намирење поверилаца извесно, пробијање губи своју сврху. Отуда се, поред злоупотребе правила о ограниченој одговорности, као услов стечајног пробијања намеће и недовољност стечајне масе за намирење потраживања поверилаца.

Испуњеност овог услова могуће је утврдити на једноставан начин. Одмах по отварању стечајног поступка дужност је стечајног управника да преузме у државину сву имовину која улази у стечајну масу, и да њоме убудуће управља.⁴⁹⁴

⁴⁹² Закон о стечају, чл. 11 ст. 2. Уз трајнију, претећу неспособност плаћања и презадуженост, стечајним законом је као четврти стечајни разлог дефинисано и непоступање по усвојеном плану реорганизације и ако је план реорганизације издејствован на преваран или незаконит начин. Међутим, иако се помиње као један стечајни разлог, у суштини се говори о више стечајних разлога који упућују на могуће последице усвајања плана реорганизације. Ово из разлога што је тумачењем описане законске норме могуће уочити две различите ситуације које могу довести до отварања стечајног поступка: 1) непоступање по усвојеном плану реорганизације и 2) уколико је план издејствован на незаконит начин. Следећи логику закона могуће је издвојити, као посебан стечајни разлог и ситуацију када је план издејствован на преваран начин. Међутим, како не постоји превара која није незаконита, то не би требало одвајати план усвојен након учињене преваре од плана издејствованог на незаконит начин. У том светлу, насупрот чињеници да је законодавац направио разлику између плана издејствованог преваром у односу на план издејствован на незаконит начин, макар у теорији било би пожељно појам преваре подвести под општији појам незаконитости, те говорити само о плану издејствованом на незаконит начин.

⁴⁹³ Закон о стечају, чл. 101 ст. 1.

⁴⁹⁴ Закон о стечају, чл. 105 ст. 1.

Преузимањем имовине стечајног дужника, стечајни управник исту пописује, уз назначење очекиване вредности у поступку њеног уновчења. Дужност стечајног управника је да, поред пописа имовине, изврши попис обавеза на дан отварања стечајног поступка, састави листу поверилаца и листу дужника, као и почетни стечајни биланс са стањем активе и пасиве стечајног дужника на дан отварања стечајног поступка.⁴⁹⁵ Стечајни управник је дужан и да састави извештај о економско-финансијском положају стечајног дужника,⁴⁹⁶ који доставља стечајном судији, одбору поверилаца и овлашћеној организацији. У складу са начелом јавности и информисаности у стечајном поступку,⁴⁹⁷ наведена документација је доступна свим повериоцима. Притом, уз чињеницу да се стање активе стечајног дужника спознаје у изузетно кратком року, може се рећи да се и стање пасиве релативно брзо може утврдити на поуздан начин. То се чини одмах по истеку рокова за пријаву потраживања поверилаца.⁴⁹⁸ Тако је, на основу реалног стања активе и пасиве, релативно лако могуће утврдити и чињеницу да ли је имовина стечајног дужника довољна за намирење поверилаца.

⁴⁹⁵ Правилник о утврђивању националних стандарда за управљање стечајном масом (*Сл. гласник РС*, бр. 13/2010), Национални стандард бр. 2 (*Национални стандард о попису имовине, процени вредности и почетном стечајном билансу стечајног дужника*).

⁴⁹⁶ Правилник о утврђивању националних стандарда за управљање стечајном масом, Национални стандард бр. 2.

⁴⁹⁷ Закон о стечају, чл. 10.

⁴⁹⁸ Сходно чл. 111 ст. 5 Закона о стечају, крајњи рок за пријаву потраживања у стечајном поступку износи 120 дана од дана објављивања огласа (о отварању стечајног поступка) у „Службеном гласнику Републике Србије“.

НАЧИН И ДЕЈСТВО СТЕЧАЈНОГ ПРОБИЈАЊА ПРАВНЕ ЛИЧНОСТИ

1. Правна средства за пробијање правне личности

Уобичајено правно средство у поступку „ванстечајног“ пробијања правне личности је тужба. Не постоје правне препреке да и у стечајном поступку тужба опстане као основно правно средство пробијања правне личности. У материјалном смислу, тужба представља иницијалну парничну радњу тужиоца упућену суду ради принудног остваривања правне заштите. Она се подноси суду а уперена је против туженог.⁴⁹⁹ Тужени је, као друга страна у спору, дао повод подношењу тужбе. У процесном смислу, тужба је писани акт у коме је садржана тужба у материјалном смислу, односно „она парнична изјава воље тужиоца којом он тражи заштиту одређене садржине и због које и покреће поступак.“⁵⁰⁰ Форма тужбе је строго законом прописана.⁵⁰¹ Непоштовање форме, у крајњем, узрокује њен одбачај.⁵⁰² Обавезни елементи тужбе су: означавање суда, потпуно означавање странака, вредност предмета спора, предмет спора, чињенични основ, тужбени захтев и потпис тужиоца.⁵⁰³ Странке се означавају навођењем њихових потпуних идентификационих података. Физичка лица се идентификују именом и презименом, пребивалиштем или боравиштем и навођењем њихових законских заступника или пуномоћника, уколико их имају. Привредна друштва и предузетници се у тужби означавају пословним именом.⁵⁰⁴ Битно је истаћи да тужилац мора у тужби навести чињенични основ тужбе, односно образложити чињенице на којима заснива основаност тужбеног захтева. Дужан је и доставити доказе којима поткрепљује изнету чињеничну конструкцију. Тужилац у тужби обавезно опредељује и тужбени захтев, према врсти и садржини правне заштите

⁴⁹⁹ Г. Станковић, *op. cit.*, стр. 328.

⁵⁰⁰ *Ibidem.*

⁵⁰¹ ЗПП, чл. 98.

⁵⁰² ЗПП, чл. 101.

⁵⁰³ ЗПП, чл. 192.

⁵⁰⁴ Пословно име привредног друштва детаљно је регулисано у чл. 22 ЗОПД (2011). Његово пословно име обавезно садржи назив, правну форму и место у коме је седиште друштва. Пословно име предузетника, сходно чл. 86 ст. 2 ЗОПД (2011), обавезно садржи име и презиме предузетника, опис претежне делатности, ознаку „предузетник“ или „пр“ и седиште.

која се тужбом тражи – осуда на чинидбу, утврђење или правно преиначење.⁵⁰⁵ На крају, тужба се верификује потписом овлашћеног подносиоца.

Овлашћени подносиоци тужбе за стечајно пробијање су у обавези да тужбу саставе поштујући све напред поменуте обавезне елементе. Поред навођења нужних елемената, препоручљиво је одредити и правни основ. На тај начин се тужба за пробијање потпуно индивидуализује. Јасним одређењем правног основа за пробијање отклања се свака потенцијална заблуда о природи спора и суд се упућује да одлуку донесе искључиво у границама захтева за пробијање правне личности. Боље речено, у практичном смислу, доприноси се да основаност тужбеног захтева буде испитана искључиво довођењем у везу изнете чињеничне конструкције са постојањем злоупотребе правила о ограниченој одговорности чланова за обавезе друштва. Међутим, с обзиром на правило да суд зна право (лат. *Iura novit curia*), начелно не постоји дужност тужиоца „да правно квалификује чињенични основ тужбе“.⁵⁰⁶ Изузетно, правни основ мора бити наведен само уколико постоји могућност да из истог чињеничног стања произађу различите последице. У том случају навођење правног основа омогућује да се тужбени захтев тачно индивидуализује.⁵⁰⁷

Од нарочитог значаја за тужбу којом се пробија правна личност јесте и питање рока за њено подношење. Код „ванстечајног“ пробијања дилема је отклоњена законским решењем. У позитивној компанијској регулативи Србије предвиђено је да се тужба за пробијање може поднети у року од шест месеци од дана сазнања за злоупотребу, а најкасније у року од пет година од дана злоупотребе.⁵⁰⁸ У случају да, у тренутку сазнања за злоупотребу, потраживање повериоца није доспело, рок од шест месеци почиње да тече од дана доспећа потраживања.⁵⁰⁹ Прописивањем субјективног рока (шест месеци од дана сазнања за злоупотребу) води се рачуна о правној заинтересованости повериоца за пробијање правне личности, док се предвиђеним објективним роком (пет година од дана злоупотребе) штити правна сигурност. Остаје питање, какву ће одлуку

⁵⁰⁵ *Ibid.*, стр. 333.

⁵⁰⁶ Г. Станковић, *op. cit.*, стр. 332.

⁵⁰⁷ *Ibidem.*

⁵⁰⁸ ЗОПД (2011), чл. 18 ст. 3.

⁵⁰⁹ ЗОПД (2011), чл. 18 ст. 4.

донети суд у случају подношења тужбе за „ванстечајно“ пробијање по истеку наведених, законом прописаних рокова. Наиме, да ли непоштовање законом прописаних рокова при њеном подношењу води одбачају тужбе или одбијању тужбеног захтева. С обзиром да су описани рокови по својој природи материјалноправни, то њихово непоштовање, при подношењу тужбе за „ванстечајно“ пробијање, не може водити одбачају тужбе, већ одбијању тужбеног захтева. Наведени закључак произлази из чињенице да је поверилац, пропуштањем рокова за пробијање правне личности, изгубио право чију заштиту тражи.

Много се више дилема јавља при расправљању о року за подношење тужбе према правилима стечајног пробијања. Овде није спорно отпочињање рока за њено подношење. С обзиром да се ради о пробијању у оквиру стечајног поступка, логично је да рок за подношење тужбе за стечајно пробијање почиње тећи од дана његовог отварања. Даном отварања стечајног поступка сматра се почетак дана истицања огласа о отварању стечајног поступка на огласној табли суда.⁵¹⁰ Међутим, нарочите потешкоће настају при одређивању момента истека рока за иницирање поступка стечајног пробијања. Истек наведеног рока могуће је везати за неколико момената у оквиру стечајног поступка. Уколико се жели направити паралела са роковима за побијање правних радњи стечајног дужника, то се као једно од решења о истеку рока за подношење тужбе ради стечајног пробијања намеће дан одржавања рочишта за главну деобу.⁵¹¹ Овде се примећује потреба за проналажењем рационалног објашњења, због чега је истек рока за подношење тужбе за побијање правних радњи нужно везати искључиво за дан одржавања рочишта за главну деобу. Сваки напор уложен у том правцу остаје узалудан. У правној литератури није могуће пронаћи јасан и образложен одговор на то питање. Из оваквог законског приступа просто се намеће дилема, зашто није могуће побијати правне послове, односно правне радње стечајног дужника и након одржавања рочишта за главну деобу. Постојећим приступом се, некако,

⁵¹⁰ Сходно чл. 73 ст. 1 Закона о стечају, правне последице отварања стечајног поступка наступају даном објављивања огласа о отварању стечајног поступка на огласној табли суда. Отуда се даном отварања стечајног поступка сматра почетак дана објављивања огласа о његовом отварању, на огласној табли суда.

⁵¹¹ Побијање се, према чл. 119 ст. 4 Закона о стечају, може вршити до дана одржавања рочишта за главну деобу.

повериоци и стечајни дужник посредством стечајног управника, онемогућавају да, по евентуалном сазнању о разлозима за побијање након момента одржавања рочишта за главну деобу, такав правни посао или радњу успешно побију и тиме обогате стечајну масу. Тим пре, у пракси се могу изнедрити ситуације у којима је у читавом току стечајног поступка изостала главна деоба, већ је након неколико делимичних деоба одмах уследила завршна. Дакле, ограничавање крајњег рока за побијање на моменат одржавања рочишта за главну деобу битно одудара од основних циљева стечајног поступка. Због тога је реално запитати се, зашто би се и тужба за стечајно пробијање ограничавала за описани моменат. Сасвим је логичан приступ да се тужба за стечајно пробијање може поднети и након дана одржавања рочишта за главну деобу. Отуда је потребно трагати за другим, рационалнијим правним решењима.

Други могући приступ усмерен је на регулисање рокова за стечајно пробијање по угледу на рокове прописане за „ванстечајно“ пробијање правне личности. Прихватањем тог становишта, тужба за стечајно пробијање би се могла поднети у субјективном року од шест месеци од дана сазнања за злоупотребу, односно у објективном року од пет година од дана када је члан учинио злоупотребу. Ово решење је свакако рационалније од првобитно понуђеног. Међутим, и овај је приступ подложен критици. С једне стране, прихватањем описаних рокова, лица овлашћења за стечајно пробијање би практично била у прилици да иницирају поступак стечајног пробијања и након окончања стечајног поступка. Но, с друге стране, треба поћи од претпоставке да ће стечајно пробијање у највећој мери вршити стечајни управник у име стечајног дужника, односно стечајне масе. Према њему је установљена дужност стечајног пробијања у сваком случају када утврди постојање разлога за то. Па, уколико би се десило да се о постојању злоупотребе дозна након закључења стечајног поступка, када је стечајни управник обично већ разрешен и стечајни дужник брисан из регистра привредних субјеката, поставља се питање да ли би у том случају стечајни управник могао бити активно процесно легитимисан за подношење тужбе. Он свакако не би био овлашћен да у том моменту пробија правну личност стечајног дужника, јер је већ раније разрешен. С друге стране, у моменту сазнања о разлозима пробијања нема места примени правила о накнадно пронађеној

имовини. У време подношења тужбе за пробијање не постоји чак ни потраживање које би имало утицаја на стечајну масу. Тада постоји само индиција да ће пробијањем правне личности потраживање бити остварено. Тек би се по евентуалном успеху у спору о стечајном пробијању могло говорити о накнадно пронађеној имовини. Отуда се испоставља да стечајни управник, по закључењу стечајног поступка и његовом разрешењу, не би био овлашћен да пробија правну личност стечајног дужника који је престао да постоји, нити да путем правила о стечајном пробијању евентуално оствари накнадно пронађену имовину. Уз изнето, ваља истаћи и да, уколико уопште повериоци буду овлашћени за стечајно пробијање, нарочито би био дискутабилан њихов правни интерес за стечајно пробијање по закључењу стечајног поступка према стечајном дужнику. Наиме, одлука суда о стечајном пробијању има специфично правно дејство. Она не утиче непосредно и искључиво на наплату потраживања повериоца који је остварио успех у поступку стечајног пробијања. Усклађена са начелима стечајног поступка и циљевима којима тај поступак тежи, одлука о стечајном пробијању има утицај на сразмерно намирење свих поверилаца стечајног дужника. Тако би, прихватањем могућности да поверилац, вођен правилима стечајног пробијања, може поднети тужбу и по закључењу стечајног поступка према стечајном дужнику, дошли у ситуацију да уколико у том поступку успе, не би могао у потпуности намирити само своје потраживање, већ би био дужан поступати према правилима о накнадно пронађеној имовини стечајног дужника. Таква ситуација се засигурно не би могла реално очекивати у пракси. Тим пре, што у описаној ситуацији не постоји никаква правна сметња да заинтересовани поверилац, како у току стечајног поступка, тако и по његовом закључењу, пробија правну личност стечајног дужника путем правила о „ванстечајном“ пробијању. Наравно, то је могуће чинити само уколико нису истекли субјективни и објективни рокови за подношење тужбе према правилима о „ванстечајном“ пробијању. Тада би поверилац који је иницирао поступак, у случају евентуалног успеха у спору, могао обавезати учиниоца злоупотребе да у потпуности исплати само његово потраживање.

На темељу изнетог, могуће је заузети становиште да се рок за подношење тужбе ради стечајног пробијања треба ограничити до момента закључења

стечајног поступка. Изнетим приступом се избегава сваки вид одступања од основних начела и циљева стечајног поступка. Њиме се у потпуности усаглашава и синхронизује принцип паралелног постојања стечајног и „ванстечајног“ пробијања. Такође, не треба занемарити и да се оваквим решењем избегавају бројни практични проблеми. Наиме, у ситуацији када је тужба за стечајно пробијање поднета до момента закључења стечајног поступка, постоји правна могућност да до окончања поступка пробијања, стечајни поступак буде настављен према стечајној маси, коју ће заступати стечајни управник и која ће бити регистрована у регистру стечајних маса.⁵¹² У случају окончања наведеног поступка у корист стечајне масе, стечајни управник ће поступати у складу са правилима којима се уређује спровођење накнадне деобе,⁵¹³ чиме се омогућава да дејство одлуке о стечајном пробијању у потпуности буде остварено.

Поред тужбе као уобичајеног правног средства за пробијање правне личности, нужно је указати да су у правној теорији уочљива и становишта по којима је дозвољено да поверилац друштва врши „ванстечајно“ пробијање и истицањем „приговора“ у већ покренутој парници.⁵¹⁴ Поставља се питање да ли наведени приступ има реално утемељење у правним прописима. Каква би правна природа тог приговора уопште могла бити. Отклањање недоумица по овом питању преваходно захтева лапидарну реконструкцију поступка пробијања. Дакле, у том поступку поверилац од члана друштва захтева исплату потраживања које је настало из пословног односа са привредним друштвом, а не између повериоца и члана друштва. Из наведеног произлази да се евентуалним „приговором пробијања“ повериоца друштва према члану, никако не би могло утицати на правну ваљаност потраживања члана према привредном друштву. На правну ваљаност правног посла између привредног друштва, па самим тим и потраживања члана према друштву, могуће је утицати већ установљеним правним средством – приговором пробијања правних радњи, на којима је то потраживање засновано. Отуда, „приговор“ у поступку „ванстечајног“ пробијања правне личности може бити прихваћен само уколико се ради о тзв. „приговору ради

⁵¹² Закон о стечају, чл. 148 ст. 1 – 4.

⁵¹³ Закон о стечају, чл. 148 ст. 6.

⁵¹⁴ О томе: А. Миновић, М. Матовић, *op. cit.*, стр. 188.

пробијања“.⁵¹⁵ Слично томе, могуће је поднети и тзв. компензациону противтужбу.⁵¹⁶ Подношење поменутих правних инструмената је дозвољено у ситуацији када члан привредног друштва определи кондемпнаторни захтев ради наплате његовог потраживања насталог из пословног односа члана друштва и повериоца привредног друштва. У таквој ситуацији би поверилац друштва могао поднети компензациони приговор или компензациону противтужбу, наводећи да због злоупотребе правила о ограниченој одговорности, поверилац друштва има „противтражбину“ према члану стечајног дужника.

Следствено наведеном произлази да би „ванстечајно“ пробијање правне личности, теоретски било могуће вршити истицањем приговора ради пробијања и компензационом противтужбом. У „ванстечајном“ пробијању ови приговори могу бити поднети само уколико члан друштва поднесе тужбу против повериоца друштва ради наплате потраживања проистеклог из њиховог међусобног пословног односа. До окончања те парнице, уколико поверилац друштва има сазнања о разлозима пробијања, може истаћи приговор ради пробијања или поднети компензациону противтужбу. Уколико то учини и потом докаже постојање разлога за пробијање, а самим тим и своју „противтражбину“ према члану друштва који у тој парници има својство тужиоца, извршиће се пробијање.

⁵¹⁵ Приговор ради пробијања је материјалноправни приговор који дужник у својству туженог изјављује пред парничним судом као средство одбране од тужбеног захтева повериоца, као тужиоца, за измирење утуженог потраживања. То је чињенична тврдња туженог којом он хоће да издејствује одбијање тужбеног захтева. Од приговора ради пробијања треба разликовати приговор туженог у парници о неоснованости тужбеног захтева, уз наводе да је потраживање тужиоца престало пре парнице која је у току или мимо ње, а услед законске или уговорне компензације. Ако овај приговор буде основан и тада може доћи до одбијања тужбеног захтева у парници. Али, за разлику од приговора ради пробијања, одлука о основаности приговора да је потраживање престало пробијањем се не уноси у изреку пресуде и не подлеже њеној правноснажности. О томе: С. Спасић, „Компензација (пробијање) потраживања из уговора у привреди у пракси трговинских судова“, *Билтен судске праксе Врховног суда Србије*, бр. 3/2003, стр. 213-239.

⁵¹⁶ У случају када тужени има противпотраживање према тужиоцу, он може изабрати да ли ће, уместо изјављивања приговора ради пробијања, поднети компензациону противтужбу. Компензациона противтужба се може поднети до закључења главне расправе. И компензациона противтужба води одбијању тужбеног захтева. Међутим, уколико је противпотраживање туженог веће од тужиочевог, а испуњени су услови за компензацију међусобних потраживања из чл. 336 и 337 ЗОО-а, код компензационе противтужбе ће суд, након извршеног пробијања утврђених потраживања парничних странака, одбити тужиочев захтев, а потом за разлику између пробијеног износа до висине противпотраживања, обавезати тужиоца на исплату туженом. Видети: С. Спасић, *op. cit.*, стр. 223.

При разматрању могућности да се и стечајно пребијање врши истицањем „компензационог приговора“,⁵¹⁷ треба поћи од чињенице да право на пребијање не престаје ни у случају отварања стечајног поступка према стечајном дужнику. Међутим, компензација у стечају се може спровести само уз поштовање стечајне регулативе. Тако, уколико поверилац жели изјавити компензацију у стечају, дужан је да до истека рока за пријаву потраживања суду достави пријаву на целокупан износ потраживања и изјаву о пребијању. У супротном, губи право на пребијање.⁵¹⁸ Након испитивања повериочевог потраживања и утврђивања његове основаности, стечајни управник може прихватити изјављену компензацију, чиме се међусобна потраживања пребијају до износа наведеног у изјави о пребијању. Ипак, у одређеним случајевима пребијање у стечају није допуштено. Пребијање се не може спровести уколико је стечајни поверилац потраживање стекао у последњих шест месеци пре дана подношења предлога за покретање стечајног поступка, а стечајни поверилац је знао или је морао знати да је дужник неспособан за плаћање или да је презадужен.⁵¹⁹ Изузетно, у описаној ситуацији је пребијање дозвољено ако је у питању потраживање које је стечено у вези са испуњењем неизвршених уговора или потраживање коме је враћено правно дејство по успешном побијању правног посла или друге правне радње стечајног дужника.⁵²⁰ Исто тако, пребијање није допуштено ни ако су се услови за компензацију стекли правним послом или другом правном радњом која се може побијати. Међутим, уколико стечајни управник призна повериочево потраживање а оспори му право на пребијање, из разлога који не указују на недопуштеност стечајног пребијања, поверилац има право да на радњу стечајног управника уложи примедбу о којој одлучује стечајни судија.⁵²¹ Уколико стечајни управник и након поновног разматрања захтева повериоца за компензацију међусобних потраживања остане при одлуци да нису испуњени услови за њено спровођење, поверилац не може тужбом против стечајног дужника тражити утврђење права на пребијање.⁵²² Тужба у том случају није дозвољена, па ће бити одбачена. У тој

⁵¹⁷ *Ibidem.*

⁵¹⁸ Закон о стечају, чл. 82 ст. 2.

⁵¹⁹ Закон о стечају, чл. 83 ст. 1 тач. 1.

⁵²⁰ Закон о стечају, чл. 83 ст. 2.

⁵²¹ Закон о стечају, чл. 113 ст. 6.

⁵²² Пресуда Привредног апелационог суда, Пж. 3703/16 од 13. јула 2016. године.

ситуацији, повериоцу чије је потраживање признато, а оспорено право на пребијање, остаје само могућност да уколико стечајни дужник евентуално поднесе тужбу против њега ради наплате свог потраживања, он може истаћи приговор да су међусобна потраживања повериоца и стечајног дужника престала након извршене компензације у стечају. С друге стране, уколико стечајни управник жели спровести компензацију, он то може учинити евентуално у парници ради утврђивања оспореног потраживања повериоца. Наиме, уколико се у тој парници потраживање повериоца испостави основаним, стечајни управник може, уколико постоји „компензбилно потраживање“⁵²³ стечајног дужника према повериоцу, да до окончања парнице истакне приговор ради пребијања или компензациону противтужбу. Тиме би у крајњем могло доћи до судске компензације.⁵²⁴

Из наведеног следи да је пребијање правне личности, истицањем приговора ради пребијања или компензационе противтужбе, још више ограничено у поступку стечајног пребијања. То је могуће учинити само у ситуацији уколико стечајни управник оспори потраживање члана стечајног дужника, настало из пословног односа између члана и стечајног дужника,⁵²⁵ а потом члан друштва

⁵²³ М. Радовић (2012), стр. 32-33. Аутор појашњава да пребијањем могу престати само „компензбилна потраживања“. Компензбилна потраживања су само она која удовољавају условима из чл. 336-343 ЗОО-а. У питању су двојаки услови: позитивни и негативни. Позитивни услови су следећи: 1) узајамност потраживања, која постоји у случају кад је дужник потраживања које се пребија истовремено и поверилац потраживања са којим се пребија. Краће речено, узајамна су она потраживања која постоје између истих лица; 2) истородност потраживања, с обзиром да из самог појма компензације проистиче да оба потраживања морају бити истородна. Истородна су потраживања која гласе на новац или друге заменљиве ствари истог рода и исте каквоће. Истородност не подразумева аутоматски исту вредност потраживања, јер се и код потраживања неједнаке вредности пребијање такође врши, али само до висине мањег потраживања; 3) доспелост потраживања, јер недоспело потраживање није компензбилно. Наиме, компензација представља сурогат исплате, а ова се, по правилу, не може извршити пре рока; 4) уживост потраживања. Изузетно само, дуг се може пребити и са застарелим потраживањем ако оно, у часу кад су се стекли услови за пребијање, још није било застарело. Негативни услови пребијања спречавају спровођење компензације. Ови услови наступају уколико је пребијање искључено вољом заинтересованих страна или законом (попут потраживања које се не може заплениити; потраживања ствари или вредности ствари које су дужнику биле дате на чување или посуду или које је дужник узео бесправно, или их бесправно задржао; потраживање настало намерним проузроковањем штете; потраживање надокнаде штете причињене оштећењем здравља или проузроковањем смрти; потраживање које исходи из законске обавезе издржавања, као и потраживање које је доспело тек пошто је неко трећи ставио забрану на повериочево потраживање).

⁵²⁴ Г. Илић-Попов, Н. Јовановић, Ј. Јовановић (ур.), *op. cit.*, стр. 231.

⁵²⁵ Уколико у пријави потраживања члан стечајног дужника определи потраживање које се односи на вредност његовог удела у друштву, такво ће потраживање бити одбијено као неосновано. Чланови стечајног дужника, односно имаоци удела или акција, имају право само на сразмерно

покрене парницу ради утврђивања његовог потраживања. Тада би стечајни управник могао евентуално истаћи приговор ради пребијања или поднети компензациону противтужбу, којом ће постојање компензибилног потраживања заснивати на разлозима пробијања правне личности.

На темељу свега изнетог, може се рећи да се стечајно пробијање правне личности може засигурно вршити подношењем тужбе. Што се тиче могућности истицања приговора у поступку пробијања, прихватљиво је становиште да се уз тужбу, пробијање може вршити једино истицањем приговора ради пребијања. Како компензациона противтужба нема обележја приговора, већ чини врсту тужбе,⁵²⁶ то се има сматрати засебним правним средством, издвојеним од приговора. Но, због сложености стечајне процедуре, а и самог института пробијања, очигледно је да су ситуације у којима се пробијање може вршити овим правним средствима више значајне за теоријске расправе, него што ће се исте у пракси реално десити.

2. Садржина захтева за пробијање правне личности

Уобичајено је да врсту тужбе диктира садржина правне заштите. Отуда се у судској пракси природа тужбе, по правилу, распознаје по садржини тужбеног захтева. Тужбени захтев заправо представља предмет тужбе. Њиме се може тражити утврђење каквог грађанског права или правног односа, повреда права личности а каткад и да је истинита каква исправа или не.⁵²⁷ Исто тако, садржину тужбеног захтева може чинити и тражење осуде на чинидбу или одређено правно преиначење. С обзиром на садржину захтева, могуће је разликовати тужбе за утврђење (декларативне), за осуду на чинидбу (кондемнаторне) и за правно преиначење (преображајне).

У правној литератури присутна су схватања да код „ванстечајног“ пробијања правне личности треба одредити декларативни захтев, због потребе

намирење из евентуалног вишка деобне масе, а по пуном намирењу свих потраживања стечајних поверилаца. Видети: Закон о стечају, чл. 147 ст. 1 и 2.

⁵²⁶ Г. Станковић, *op. cit.*, стр. 375.

⁵²⁷ ЗПП, чл. 194 ст. 1.

утврђења законских претпоставки постојања одговорности за пробијање.⁵²⁸ Утврђење чињенице постојања злоупотребе правила о ограниченој одговорности у поступку пробијања свакако је нужно. Међутим, поставља се питање да ли се утврђењем те чињенице остварује сврха института пробијања правне личности. Сходно томе, постоји ли правни интерес повериоца да тужбом за „ванстечајно“ пробијање утврђује постојање чињенице злоупотребе правила о ограниченој одговорности. Следећи сврху института пробијања правне личности, може се рећи да је постојање правног интереса за подношење декларативне тужбе у овом случају крајње дискутабилно. Премда, и тумачењем саме законске одредбе о „ванстечајном“ пробијању, могуће је извести закључак да се у том поступку тежи да учинилац злоупотребе „одговара за обавезе друштва“.⁵²⁹ По природи ствари, онај ко за нешто „одговара“ мора за другога шта учинити, трпети или му штогод дати. Водећи се овом логиком произлази да поверилац друштва, при подношењу тужбе за „ванстечајно“ пробијање, жели обавезати члана друштва, као учиниоца злоупотребе, на одређено давање, чињење, нечињење или трпљење. На тај начин поверилац друштва остварује наплату свог потраживања које је настало према друштву, а које, због учињене злоупотребе правила о ограниченој одговорности, није од друштва могао наплатити, односно намирити.

Питање утврђења злоупотребе правила о ограниченој одговорности у парници поводом „ванстечајног“ пробијања, представља претходно питање, од чије основаности зависи судбина тужиоцевог захтева за пробијање. Уколико чињеница злоупотребе, као претпоставка одговорности за пробијање, буде у поступку несумњиво утврђена, по логици ствари, тужени члан друштва ће бити обавезан да измири повериоцу друштва потраживање. Тако у погледу намирења потраживања поверилаца у поступку „ванстечајног“ пробијања, не постоје значајне дилеме поводом садржине тужбеног захтева. Суштина „ванстечајног“ пробијања правне личности усмерена је на намирење потраживања индивидуалног повериоца, чије је потраживање у потпуности одређено или бар одредиво. Наведено указује да тужбени захтев у поступку „ванстечајног“ пробијања треба да буде опредељен као обавезујући (кондемнаторни). Једино се

⁵²⁸ М. Васиљевић (2011а), стр. 58.

⁵²⁹ ЗОПД, чл. 18 ст. 1.

кондемнаторном тужбом учиниоцу злоупотребе може издати конкретна заповест, чијим се испуњењем остварује основна сврха пробијања.

Међутим, спорност настаје код разматрања правне заштите поверилаца путем правила о стечајном пробијању. Специфичности стечајног поступка, које одликује дужност равноправног опхођења у намирењу свих поверилаца стечајног дужника, захтевају детаљну анализу могућих начина стечајног пробијања, којим би најефикасније били остварени његови основни циљеви. Притом, треба имати у виду да ово питање у правној литератури није у већој мери разматрано, нарочито са процесноправног становишта. Отуда је, при проучавању начина стечајног пробијања, што последично подразумева и потребу за формулисањем садржине тужбеног захтева, нужно показати висок степен инвентивности, а опет бити довољно одмерен и обазрив, како би утврђена решења била адекватна логици стечајне регулативе, као и читавог државно-правног поретка.

Следствено наведеном, при анализи садржине тужбеног захтева код стечајног пробијања, као претходно питање намеће се дилема о начину на који ће се тај поступак спровести. С обзиром на специфичност последица које у овом поступку могу уследити, са теоријског становишта, вредно је издвојити два модела правне заштите путем института стечајног пробијања, па самим тим, потенцијално, и две врсте тужби у овом поступку. Први модел усмерен је на стечајно пробијање путем кондемнаторне тужбе, док се други односи на стечајно пробијање декларативном тужбом.

2.1. Модел стечајног пробијања путем кондемнаторне тужбе

По угледу на „ванстечајно“ пробијање, сугестивно се намеће решење да и стечајно пробијање правне личности ваља вршити путем кондемнаторне тужбе, односно уз одређени „обавезујући тужбени захтев“. Но, како код „ванстечајног“ пробијања не постоји значајна дилема у погледу одређивања потраживања индивидуалног повериоца који пробија правну личност, па самим тим и по питању садржине тужбеног захтева, у стечајном поступку се, с обзиром на његове посебности, ово питање значајно компликује. Наиме, да би тужени, у

поступку стечајног пробијања, био обавезан на какво чињење, тужбени захтев мора бити одређен и опредељен, како у субјективном, тако у објективном смислу.⁵³⁰ Тужбени захтев је одређен у субјективном смислу када су странке правилно означене, док је у објективном смислу опредељен када је тачно одређено каква се врста правне заштите тражи, какве је садржине и обима. Сложеност правног дејства пробијања, посебно стечајног, може довести до проблема у одређивању тужбеног захтева, нарочито по питању његовог обима, односно висине, уколико се ради о новчаном потраживању. Практични разлози указују да ће при подношењу тужбе за стечајно пробијање бити потешкоћа у процени висине тужбеног захтева, односно његовог обима. Овај проблем се често може очекивати и у моменту доношења судске одлуке. Насупрот томе, код „ванстечајног“ пробијања, висину односно обим тражења по тужби је знатно једноставније утврдити. Његова висина се, по правилу, поклапа са висином потраживања тужиоца у тужби, иначе повериоца привредног друштва чији је тужени члан.

У потрази за отклањањем дилема о питању одређивања висине тужбеног захтева код стечајног пробијања, ваља поћи од решења понуђеног у законској регулативи о парничном поступку. Ту је прописано следеће: „ако се утврди да странци припада право на накнаду штете, на новчани износ или на заменљиву ствар, а висина износа, односно количина ствари не може да се утврди или би могла да се утврди само са несразмерним тешкоћама, суд ће висину новчаног износа, односно количину заменљивих ствари да одреди по слободној оцени.“⁵³¹ Описано законско решење има значајан утицај на одлучивање у поступку стечајног пробијања. Њиме се омогућава да, уколико се у време пресуђења не може утврдити висина новчаног износа, или каквог другог тражења, за који ће члан стечајног дужника одговорати у поступку стечајног пробијања, ту ће вредност одмерити суд, по слободној оцени. Тиме се ваља водити и при подношењу тужбе и опредељивању висине тужбеног захтева у стечајном пробијању правне личности.

⁵³⁰ Г. Станковић, *op. cit.*, стр. 333.

⁵³¹ ЗПП, чл. 232.

Иначе, поменуто законско одређење омогућава поређење тужбе за стечајно пробијање са тзв. тужбом због недовољности имовине из француског права (фра: *Action en responsabilité pour insuffisance d'actif*). Ова сличност је нарочито очевидна у случају када се код тзв. тужбе због недовољности имовине, појави члан друштва који фактички обавља функцију директора друштва, иако на ту позицију није формално именован. Суштина ове повезаности са поменутом тужбом француског права, огледа се у томе што се одговорност члана као „фактичког“ директора, у случају успеха тужиоца у спору по тој тужби, не темељи стриктно на правилима о одговорности за причињену штету. Његова одговорност може бити знатно већа од причињене штете, што у крајњем зависи од оцене суда. То нарочито може бити случај и код тужбе за стечајно пробијање правне личности.

С тим у вези, и код доношења одлуке о стечајном пробијању, суд се неће водити вредновањем учињене злоупотребе и штетом која је њеним чињењем уследила, већ свим последицама које је учињена злоупотреба узроковала. Није уопште од утицаја да ли су последице настале непосредно због учињене злоупотребе или тек посредним путем. С обзиром да учињена злоупотреба правила о ограниченој одговорности члана за обавезе друштва најчешће доводи до отварања стечајног поступка према привредном друштву, то је могуће да тужилац, при подношењу тужбе којом иницира поступак стечајног пробијања, определи тужбени захтев у висини која „приближно“ одговара процењеној вредности потраживања свих поверилаца стечајног дужника. Уколико се тужба подноси убрзо по отварању стечајног поступка, процена оквирне висине потраживања поверилаца стечајног дужника може се извршити на основу анализе почетног стечајног биланса,⁵³² као и података из извештаја о економско-финансијском положају стечајног дужника.⁵³³ Поуздана процена висине

⁵³² Стечајни управник је, сходно чл. 109 ст. 1 Закона о стечају, дужан да у року од тридесет дана од дана преузимања имовине и права стечајног дужника састави почетни стечајни биланс у ком ће навести и упоредити активу и пасиву стечајног дужника. Иначе, у складу са чл. 105 ст. 1 Закона о стечају, стечајни управник преузима у државину имовину стечајног дужника одмах по отварању стечајног поступка. То упућује на закључак да се почетни стечајни биланс по правилу мора саставити у року од тридесет дана од дана отварања стечајног поступка.

⁵³³ Одредбом чл. 109 ст. 3 Закона о стечају, прописано је дужност стечајног управника да достави извештај о економско-финансијском положају суду и одбору поверилаца најкасније пет дана пре одржавања првог поверилачког рочишта. Па, како се прво поверилачко рочиште, сходно чл. 36 ст.

потраживања свих поверилаца могућа је тек по истеку крајњег рока за подношење пријава потраживања у стечајном поступку.⁵³⁴ Отуда је тек након овог момента могуће одмерити поузданију висину тужбеног захтева по тужби за стечајно пробијање. Свакако, то не значи да ће аутоматски ова висина бити потврђена судском одлуком. Крајњу оцену о основаности опредељеног тужбеног захтева доноси суд, по оцени свих достављених, а потом изведених доказа. Тек уколико ни након извођења доказа није могуће утврдити тачну висину новчаног износа тужбеног захтева, или је тај поступак изложен несразмерним потешкоћама, суд може одлуку о обиму, односно висини тужбеног тражења донети по слободној оцени, узимајући у обзир све околности које су од утицаја на одређивање њене висине.⁵³⁵

Евентуалним одабиром модела стечајног пробијања путем кондемпнаторне тужбе, могуће је очекивати присуство извесног степена арбитражности при одмеравању досуђене вредности у поступку одлучивања. Отуда се, при тумачењу наведеног приступа, може створити утисак да опредељење за стечајно пробијање, путем обавезујуће тужбе и тужбеног захтева, оставља могућност нарушавања правне сигурности. Међутим, овакав закључак био би исхитрен, а у већини случајева и неисправан. Потенцијално присуство арбитражности од стране суда, при одмеравању обима пресуђене чинидбе, никако не умањује вредност и значај наведеног модела стечајног пробијања. Сваки судски поступак одликује доношење одлуке на основу „слободне оцене свих изведених доказа“.⁵³⁶ Водећи се описаном логиком, произашло би да готово у сваком судском поступку постоји известан степен арбитражности судије, који може водити неправичним решењима. О овој потенцијалној опасности је свакако вођено рачуна при законском регулисању поступка решавања грађанскоправних спорова. Управо због тога је установљена нужност да оцена доказа у судском поступку, при решавању

2 Закона о стечају, може најкасније одржати у року од четрдесет дана од дана отварања стечајног поступка, то произлази да крајњи рок за сачињавање и достављање извештаја о економско-финансијском положају износи тридесетпет дана од дана отварања стечајног поступка.

⁵³⁴ Пријава потраживања се у стечајном поступку може поднети најкасније у року од стодвадесет дана од дана објављивања огласа у „Службеном гласнику Републике Србије“, на шта упућује чл. 111 ст. 5 Закона о стечају.

⁵³⁵ Одлука Савезног суда СФРЈ, Гзс. 43/76 од 28. јула 1976. године; Решење Округног суда у Новом Саду, Гж. 1564/2006 од 11. априла 2007. године.

⁵³⁶ ЗПП, чл. 8.

грађанскоправних спорова, у потпуности буде заснована на објективним критеријумима. Свака првостепена судска одлука подложна је контроли вишестепеног суда. Чак и да евентуална неправичност у првостепеној судској одлуци буде изражена, њу је могуће отклонити остваривањем права на правни лек. Због тога се, са великом сигурношћу, може закључити да вишестепеност судског одлучивања представља гарант правне сигурности, којим се лишава сваки покушај опстанка одлуке супротстављене темељним принципима државно-правног поретка.

2.2. Модел стечајног пробијања путем декларативне тужбе

Применом модела стечајног пробијања путем кондемпнаторне тужбе, институт пробијања се значајно уподобљава темељним принципима на којима је заснован државно-правни поредак Србије. Међутим, са теоријскоправног становишта препознат је и други модел правне заштите у поступку стечајног пробијања, чије карактеристике ваља изложити. То је модел стечајног пробијања путем декларативне тужбе. И овај модел остваривања стечајног пробијања, такође, мора одликовати складност са стечајном регулативом и начелима на којима почива.

Начин спровођења стечајног пробијања по овом моделу подразумевао би подношење декларативне тужбе, односно тужбе са утврђујућим тужбеним захтевом. Садржина тужбеног захтева у том случају била би усмерена само на утврђење чињенице постојања злоупотребе правила о ограниченој одговорности члана за обавезе друштва. Сложеност поступка утврђивања чињенице злоупотребе правила о ограниченој одговорности чланова за обавезе друштва, оправдава постојање правног интереса за подношење декларативне тужбе. Дозвољеност подношења ове тужбе не би била спорна ни са аспекта регулативе о парничном поступку, уколико право на подношење тужбе за утврђење описане

чињенице буде предвиђено законом.⁵³⁷ Најприкладније би било да такво правно овлашћење буде регулисано стечајним законом.

Утврђивање злоупотребе правила о ограниченој одговорности правноснажном судском пресудом, аутоматски би узроковало значајне последице на ток стечајног поступка. У погледу одговорних чланова који су привредна друштва, утврђење злоупотребе правила о ограниченој одговорности по основу правноснажне судске одлуке, оправдало би аутоматски примену института материјалног обједињавања. Тако би утврђена чињеница злоупотребе правила о ограниченој одговорности кроз парнични поступак довела до обједињавања имовина стечајног дужника и члана стечајног дужника одговорног за учињену злоупотребу.

Изнета концепција подразумевала би прописивање посебних, специфичних дејстава одлуке о стечајном пробијању по овом моделу, у оквиру стечајноправне регулативе. На тај начин би се модел стечајног пробијања декларативном тужбом састојао од регулативе којом би било дозвољено подношење тужбе за утврђивање постојања злоупотребе учињене од стране члана стечајног дужника, а потом би пресуда о утврђењу ове чињенице даље производила специфична дејства на ток стечајног поступка, односно узроковала би примену института материјалног обједињавања.

3. Специфичности поступка пробијања и терет доказивања

Поступци стечајног и „ванстечајног” пробијања правне личности спроводе се пред привредним судовима. Иначе, поступке пред привредним судовима одликују одређене специфичности. Једна од нарочитих посебности јесте да се у поступцима пред овим судовима чињенице, по правилу, доказују исправама.⁵³⁸ Тек уколико доказивање путем исправа није могуће, изводиће се други докази. Ваља издвојити да се у привредним споровима примењује рок од осам дана за извршење новчане чинидбе, а уколико чинидбе нису новчане може бити одређен

⁵³⁷ У чл. 194 ст.3 ЗПП-а, прописано је да се тужба за утврђење може поднети ради утврђења постојања, односно непостојања чињенице, ако је то предвиђено законом или другим прописом.

⁵³⁸ ЗПП, чл. 484

и дужи рок.⁵³⁹ Строго поштовање суђења у разумном року такође представља императив.⁵⁴⁰ Тиме се на посредан начин истиче потреба за ажурним поступањем, посебно у привредним споровима. Потребне привреде и пословних односа који се одвијају релативно брзо, на ову потребу нарочито указују. С друге стране, поступак стечајног пробијања значајно утиче на ток трајања стечајног поступка. С тим у вези, нужност хитног и ажурног поступања у поступцима стечајног и „ванстечајног“ пробијања, нарочито је наглашена.

Што се самог поступка пробијања тиче, предмет посебне пажње у правној теорији, а и примени права, посвећује се терету доказивања. Полазећи од дужности странке у стечајном поступку да изнесе чињенице и предложи доказе на којима заснива свој захтев,⁵⁴¹ терет доказивања у субјективном смислу чини процесно наређење странци да суду пружи обавештење о свим доказним средствима помоћу којих може уверити суд у истинитост својих навода о основаности одређене правно релевантне чињенице. Уколико после спроведеног доказног поступка и слободне оцене доказа суд не може са сигурношћу стећи уверење о истинитости тужиочеве тврдње, биће примењено правило о терету доказивања. Ово правило упућује да суд не може тужбени захтев да усвоји уколико тужилац није у потпуности доказао истинитост својих тврдњи.⁵⁴²

Доказивање постојања злоупотребе правила о ограниченој одговорности за обавезе друштва, посебно код „ванстечајног“ пробијања, изузетно је отежано. Слаба информисаност поверилаца о пословању дужника, привредног друштва, а потом и недоступност претежно његове пословне документације, знатно онемогућавају повериоцима друштва да стекне јасан увид о постојању евентуално учињених злоупотреба у друштву. Притом, дешава се у пракси да одређена друштва уопште не поседују пословну документацију. То се очевидно одражава и на сам поступак пробијања, у којима се често доказивање злоупотребе равна са тзв. „ђавољим доказивањем“ (лат. *probatio diabolica*). Ове тешкоће препознате су, на одређени начин, и од стране законодавца. Управо је то разлог што су у регулативи привредних друштава, у циљу олакшања поступка доказивања

⁵³⁹ ЗПП, чл. 486 ст. 1 тач. 2.

⁵⁴⁰ ЗПП, чл. 10.

⁵⁴¹ ЗПП, чл. 228.

⁵⁴² ЗПП, чл. 231 ст. 1.

злоупотребе, дефинисани одређени примери чињеничних ситуација, чије доказивање претпоставља постојање злоупотребе.⁵⁴³ Ипак, ни такав напор није био довољан да би се сви видови злоупотребе законски регулисали.

С друге стране, у стечајном поступку је пословна документација доступнија. То се нарочито може рећи у погледу стечајног управника. Од момента отварања стечајног поступка, практично је комплетна пословна документација друштва у његовој државини. Тиме се стечајном управнику омогућава да, по извршеној детаљној анализи пословне документације стечајног дужника, једноставније докаже постојање злоупотребе правила о ограниченој одговорности, учињене од стране његовог члана. Због тога је реално очекивати да постојање разлога за пробијање правне личности у стечају буде знатно једноставније у односу на „ванстечајно“ пробијање. На темељу ове претпоставке је и заснована идеја о увођењу института пробијања у стечајно право.

Поред изнетог, за успех у једном сложенем поступку, какав је засигурно поступак пробијања, нужна је и потпуна посвећеност суда при оцени свих изведених доказа у том поступку. У тој се фази судског поступка понајвише захтева стручност судије и његово добро познавање саме суштине института пробијања. То даље подразумева потпуну спремност судија, да и у ситуацији када се из одређене појединачне чињенице не може јасно утврдити злоупотреба правила о ограниченој одговорности, одлуку заснује „на свим факторима који у својој комбинацији могу довести до неправедног и злонамерног поступања члана друштва“.⁵⁴⁴ Нужност наглашавања потребе за описаним поступањем суда, нарочито долази до изражаја услед објективне бојазни да се у појединим поступцима пробијања није поступало на тај начин. Таква пракса очевидно одступа од устаљеног поступања у другим савременим правним системима.⁵⁴⁵

⁵⁴³ ЗОПД (2011), чл. 18 ст. 2.

⁵⁴⁴ У једној од познатијих одлука америчког права, конкретно из државе Делавер, у предмету *Harco National Insurance Company v. Green Farms, Inc* (1989), суд је стао на становиште да за успех у пробијању није неопходно постојање појединачних, јасних фактора који указују на постојање злоупотребе правила о ограниченој одговорности. До пробијања правне личности може доћи и у случају када се „комбинацијом свих појединачних, нејасних фактора“ створи целовита слика да је члан друштва учинио злоупотребу која би према повериоцима друштва била неправедна и злонамерна. Видети: *Harco National Insurance Company v. Green Farms, Inc*, 15 Del. J. Corp. L 1030, 1989 WL 110537 (Del. Ch. 1989).

⁵⁴⁵ Примера ради, решењем Вишег трговинског суда Пж. 12384/2005 од 05. децембра 2006. године, укинута је првостепена пресуда којом је усвојен тужбени захтев за пробијање правне личности

Отуда, добро познавање суштине института пробијања правне личности, његове улоге у правном систему и значаја за привредну уопште, представља императив. Испуњењем овог предуслова стварају се погодни услови за смелије упуштање у спречавање злоупотребе права.

4. Дејство пресуде о стечајном пробијању правне личности

По окончаном расправљању о грађанскоправном спору, обично следи фаза мериторног судског одлучивања, све у циљу доношења ваљане пресуде. Пресуда је судска одлука којом се „ауторитативно, коначно и мериторно одлучује о захтеву за пресуду“, ⁵⁴⁶ формулисаном у тужби. То је акт у коме се примењује право. Премда, пресуда истовремено представља и акт примене права.⁵⁴⁷ Пресудом се, у моменту њене правноснажности, ствара појединачна правна норма. Отуда је уобичајено да правноснажна пресуда делује међу странкама у поступку (лат. *inter partes*). Међутим, то не мора увек бити случај. Зависно од саме природе спорног права или правног односа, поводом којег је спор настао, правноснажност пресуде каткад може имати и проширено дејство. У том случају

привредног друштва, иако је оценом изведених доказа утврђено да је имовином друштва бестеретно располагамо. Наведена одлука о укидању пресуђеног пробијања у првом степену образложена је тиме да се бестеретно располагање имовином не може сматрати довољним разлогом за постојање злоупотребе права, већ је за то нужно доказивање чињеница преварне радње. Поређења ради, у прилог доказивања чињенице о знатно развијенијој свести о потреби пробијања у другим правним системима, довољно је указати на једну од одлука америчког суда, попут спора у предмету *Quinn v. Butz* (1975), где је пробијање дозвољено након што је оценом свих изведених доказа утврђено да привредно друштво „у реалности потпуно негирало постојање одвојеног субјективитета у односу на свог јединог члана“. Видети: *Quinn v. Butz*, 510 F.2d 743, 758 (D.C. Cir. 1975). Слично: *McWilliams Ballard, Inc. v. Broadway Management Co. Inc.*, 636 F. Supp. 2d 1, 8 (D.D.C. 2009).

Нарочито је интересантан пример из спора *Labadie Coal Co. v. Black* (1982), у коме је пробијање правне личности дозвољено јер је једночлано друштво купило од тужиоца угаљ на кредит. Међутим, између туженог члана друштва и самог друштва дошло је до мешања имовина. Након тога купљени угаљ је препродат а друштво није исплатило кредит тужиоцу. Уз све то, није постојала уредна књиговодствена документација о пословању туженог друштва. Суд је, узевши у обзир све околности, утврдио да је једини члан друштва, који је друштом руководио, у конкретном случају занемарио одвојени идентитет друштва, тиме што није било могуће разликовати имовину члана од имовине друштва, финансијска средства су била помешана, а уз све то, друштво није имало довољно капитала за измиривање својих обавеза према повериоцима.

⁵⁴⁶ Г. Станковић, *op. cit.*, стр. 333.

⁵⁴⁷ В. Боранијашевић, *Врсте пресуда у парничном поступку*, докторска дисертација, Правни факултет у Нишу, Ниш, 2008, стр. 14-18.

се дејство правноснажности протеже и према трећим лицима, а не само парничним странкама.

Код „ванстечајног“ пробијања, правноснажна пресуда непосредно делује само међу парничним странкама. У случају успеха повериоца у спору, пресудом се тужени члан друштва обавезује да повериоцу намири потраживање које овај од друштва није могао остварити. С друге стране, типичан пример проширеног дејства правноснажности пресуде манифестује се код стечајног пробијања. Пресуда донета у овом поступку има дејство не само на парничне странке, већ и на друга лица. Њено се дејство, наиме, протеже на све стечајне повериоце.

Међутим, специфичност дејства пресуде у стечајном пробијању, свакако ће зависити од одабира модела стечајног пробијања, односно врсте тужбе којом ће се стечајно пробијање вршити, па самим тим и тужбеног захтева. Дакле, различито ће дејство пресуде бити у случају опредељења за стечајно пробијање путем кондемпнаторне тужбе, насупротив евентуалном одабиру модела стечајног пробијања путем декларативне тужбе.

4.1. Дејство пресуде о стечајном пробијању по кондемпнаторној тужби

Сврха одлучивања о стечајном пробијању путем кондемпнаторне тужбе, остварује се обавезивањем члана стечајног дужника да пресуђену вредност, било она новчана или неновчана, по правноснажности пресуде преда у стечајну масу стечајног дужника. Таква пресуда представљала би ваљану извршну исправу, подобну за спровођење извршења. На тај начин се ствара могућност да средства остварена од одговорног лица у поступку стечајног пробијања, буду пренета у стечајну масу стечајног дужника и служе повољнијем сразмерном намирењу поверилаца у стечајном поступку.

При одмеравању обима пресуђене вредности не треба тежити само сразмери са вредностима којима се члан стечајног дужника, чињењем злоупотребе, непосредно окористио. Обим ове вредности одмерава се узимајући у обзир све последице које „рефлексно“ настају услед учињене злоупотребе. Отуда, сложеност процене ове вредности нужно захтева ангажовање стручних лица у

одмеравању њеног обима, односно висине. Уколико се деси да је члан стечајног дужника, чињењем злоупотребе правила о ограниченој одговорности, непосредно или посредно узроковао немогућност стечајног дужника да измири дуговања према својим повериоцима, он може бити обавезан да целокупном својом имовином одговара за обавезе стечајног дужника.

Код стечајног пробијања нарочито је специфично што чланови друштва могу бити физичка и/или правна лица. Тако дејство пресуде у овом поступку зависи од статуса одговорног члана друштва. Због тога се дејство пресуде по кондемпнаторној тужби, у поступку стечајног пробијања, разликује у ситуацији када је одговорни члан физичко лице, у односу на случај када је члан стечајног дужника правно лице.

4.1.1. Дејство обавезујуће пресуде према члановима који су физичка лица

Већ је поменуто да се примарно дејство кондемпнаторне судске пресуде о стечајном пробијању огледа у обавезивању члана друштва да изврши обавезу утврђену судском одлуком према стечајној маси стечајног дужника. Уколико то не учини, против њега је могуће спровести поступак извршења, с обзиром да обавезујућа пресуда, по својој правноснажности и истеку рока за добровољно испуњење (тзв. парисиони рок), има снагу извршне исправе.⁵⁴⁸ На тај начин ће члан, који има статус физичког лица, целокупном својом имовином одговарати за чинидбу наметнуту судском одлуком.

Уколико је имовина члана одговорног за пробијање довољна за подмирење обавеза стечајног дужника чији је члан, неће бити значајнијих проблема по питању наплате овог потраживања. Посебно, ако члан друштва своју обавезу изврши добровољно. Међутим, у случају да имовина одговорног члана стечајног дужника не буде довољна за подмирење обавеза према повериоцима стечајног дужника, даље поступање ће зависити од могућности спровођења стечајног поступка према физичком лицу. Наиме, уколико државно-правни поредак

⁵⁴⁸ ЗИО, чл. 41 ст. 1 тач. 1.

деталтно регулише поступак „стечаја над имовином физичких лица“, ⁵⁴⁹ против инсолвентног члана друштва се може отворити стечајни поступак. Правне последице отварања тзв. индивидуалног стечаја зависе превасходно од одабира модела индивидуалног стечаја. У основи, два модела су доминантна. ⁵⁵⁰ Први модел индивидуалног стечаја је амерички, путем којег се у стечају над имовином физичког лица потпуно прихвата начело новог финансијског почетка, наравно уз општеприхваћен тзв. *pari passu* принцип. ⁵⁵¹ Опште речено, примена овог модела индивидуалног стечаја, доводи до ослобађања стечајног дужника од одговорности за обавезе настале до отварања стечајног поступка. ⁵⁵² Други, континентално-европски правни модел индивидуалног стечаја знатно више брине о социолошкој функцији овог поступка. Због тога се, насупрот америчком моделу, његова суштина не одликује у продаји целокупне имовине којом стечајни дужник располаже, а потом намирењу поверилаца и ослобађању обавеза стечајног дужника, насталих до отварања стечајног поступка. Основна филозофија овог поступка је дефинисање плана по ком ће одређена средства, у дефинисаном обиму и временском периоду, бити издвајана из имовине физичког лица зарад колективног намирења свих поверилаца, при чему ће одређена средства, неопходна за подмиривање елементарних потреба стечајног дужника, бити изузета од извршења. ⁵⁵³

Без обзира на различити приступ индивидуалном стечају, ваљало би да норме о поступку стечаја над имовином физичког лица буду компатибилне регулативи стечаја над правним лицима. Само у случају када би регулатива о

⁵⁴⁹ Овај појам користи се као описни назив за посебну подграну стечајног права, којом се објашњава стечај над имовином свих физичких лица. Њега прихвата професор В. Радовић, јер се њиме наглашавају две важне карактеристике: прво, везује се за сва физичка лица, без обзира да ли се баве привредном делатношћу или не; друго, како након спроведеног стечајног поступка према физичком лицу његов субјективитет не престаје, то се стечај не спроводи „над личношћу физичког лица, већ над његовом имовином“. Уз овај термилошки приступ, подједнако је прихватљив и назив енглеског порекла, тзв. индивидуални стечај, „због своје једноставности и упечатљивости“. О томе: В. Радовић, *Индивидуални стечај – Стечај над имовином физичког лица*, Београд, 2006, стр. 18.

⁵⁵⁰ *Ibid.*, стр. 32.

⁵⁵¹ *Ibid.*, стр. 25. В. Радовић истиче да: „Централна тачка принципа колективитета (тзв. *pari passu* принципа) је да имовином дужника, која чини стечајну масу, управља стечајни управник, а потраживања се не наплаћују према хронолошком редоследу настанка дугова или њиховог доспећа“.

⁵⁵² *Ibid.*, стр. 102-105.

⁵⁵³ Слично: В. Радовић (2006), стр. 32-36.

намирењу поверилаца у поступку тзв. индивидуалног стечаја била у потпуности складна са стечајном регулацијом привредних друштава, може се отворити питање обједињавања имовина привредног друштва и физичког лица које је злоупотребило правило о ограниченој одговорности за обавезе друштва. На тај начин се ствара могућност за оформљавање јединствене стечајне масе, која би била у функцији намирења свих поверилаца и привредног друштва и његовог члана. Идеја водиља за могуће регулисање ове правне ситуације пронађена је у једној одлуци америчког Врховног суда, која датира још из 1941. године. У њој је, случајно или намерно, наведено да „имовина појединца може бити „консолидована“ са имовином корпорације из које је појединац, преваром извукао сву његову имовину“.⁵⁵⁴ Иначе, уз одређене специфичности, могућност консолидације имовине физичког лица и са њим повезаног друштва предвиђена је као „мера“ и у оквиру аустралијског законодавства, као и права Новог Зеланда.⁵⁵⁵

Но, с обзиром да у праву Србије још увек није регулисан тзв. индивидуални стечај, а с друге стране ни у упоредноправним системима још увек нигде није озакоњен предложени вид намирења поверилаца услед стечајног пробијања према члану друштва који је физичко лице, то постоји довољно простора за даље унапређење овако предложеног модела намирења.

4.1.2. Дејство обавезујуће пресуде према члановима који су правна лица

У случају да члан друштва, који је правно лице, буде проглашен одговорним у поступку стечајног пробијања по моделу „кондемнаторне“ тужбе, биће обавезан да пресуђену вредност намири стечајној маси стечајног дужника. Ако то не учини добровољно, против њега ће бити покренут поступак извршења.

Међутим, уколико се испостави да привредно друштво нема довољно имовине за подмирење обавеза по правноснажној судској одлуци о стечајном пробијању, према њему може бити отворен стечајни поступак. То значи да се као последица стечајног пробијања по кондемнаторној тужби може јавити ситуација у

⁵⁵⁴ *Sampsel v. Imperial Paper & Color Corp.*, 313 U.S. 215 (1941).

⁵⁵⁵ E. J. Wes, Jr., „Substantive Consolidation in Bankruptcy: a Flow of Funds Approach“, *California Law Review*, Vol 65, 1977, стр. 720.

којој се истовремено спроводи стечајни поступак према стечајном дужнику и његовом члану, који је такође привредно друштво. Тек у случају наступања овакве чињеничне ситуације, чини се оправданим да органи стечајног дужника размотре могућност материјалног обједињавања стечајних поступака стечајног дужника и његовог члана.

4.1.3. Материјално обједињавање

Без обзира што у правној литератури није посвећена значајна пажња регулисању обједињавања имовина члана друштва који је физичко лице са имовином привредног друштва у стечају, то се не може рећи за ситуације у којима члан привредног друштва има статус правног лица. Све је више радова посвећених стечају повезаних друштава,⁵⁵⁶ у оквиру којих се детаљно расправља о установи тзв. „материјалног обједињавања“ (енгл. *substantive consolidation*).⁵⁵⁷

Материјално обједињавање је институт који је изнедрила америчка судска пракса.⁵⁵⁸ Но, до данашњице он није на изричит начин законски регулисан. Због тога је нужно уложити посебан напор у погледу његовог дефинисања и „проналажењу јасних разлога који оправдавају његово постојање“.⁵⁵⁹ Материјално обједињавање је могуће дефинисати „као поступак у коме долази до спајања имовина и обавеза различитих субјеката, који се за сврхе спровођења стечајног поступка третирају као један субјекат“.⁵⁶⁰ Дакле, суштина материјалног обједињавања огледа се у томе да се од имовина више повезаних лица формира

⁵⁵⁶ Пионирски подухват по овом питању у Србији представља научни рад: В. Радовић (2014), стр. 271-300.

⁵⁵⁷ У терминолошком смислу апсолутно је прихватљив израз „материјално обједињавање“, који је професор Вук Радовић формулисао. Њиме се у потпуности одражава суштина овог правног института, док се с друге стране остаје веран формулацији англо-америчког права, из којег ова правна установа потиче.

⁵⁵⁸ Т. Е. Graulich, *op. cit.*, стр. 527; J. Elkin, „Lifting the Veil and Finding the Pot of Gold: Piercing the Corporate Veil and Substantive Consolidation in the United States“, *Dispute Resolution International*, No. 2/2012, стр. 131, 137.

⁵⁵⁹ United Nation Commission on International Trade Law (UNCITRAL), *Legislative Guide on Insolvency Law – Part Three*, 2012; даље у фуснотама: UNCITRAL (2012), стр. 60.

⁵⁶⁰ В. Радовић (2014), стр. 289. Слично: Т. Е. Graulich, *op. cit.*, 527; UNCITRAL (2012), стр. 2; D. Baird, *op. cit.*, 2005, стр. 5; R. Schupp, „Substantive Consolidation: The Evolution and Use of an Equitable Power“, *Commercial Law Review*, 1991, стр. 418.

јединствена стечајна маса, а потом води јединствен „колективан“⁵⁶¹ стечајни поступак. Из јединствене стечајне масе свих повезаних лица намирују се повериоци сваког од повезаних лица.⁵⁶² На тај начин, обједињена стечајна маса свих повезаних лица има значајнију вредност, што оставља већу могућност за повољнију наплату поверилаца.

Међутим, с друге стране, материјално обједињавање своју слабост показује у чињеници да поједини „невини“ повериоци могу бити оштећени.⁵⁶³ Због тога је, приликом одлучивања о материјалном обједињавању, потребно бити нарочито обазрив. Наведени закључак произлази из честог представљања овог правног института као „изванредног“ правног лека,⁵⁶⁴ што указује да се његова примена очекује само у изузетним ситуацијама. Строгост и реткост примене института материјалног обједињавања, огледа се и у присутним препорукама за његову применљивост, а из којих проистиче да се оно може вршити: када суд установи да су имовина или обавезе повезаних лица „помешане“ до те мере, да се без великих издатака и одлагања не може утврдити ко је власник имовине и дужник обавеза; или када суд установи да су повезана лица била укључена у „преварне активности“, које немају легитиман послован циљ, а код којих је материјално обједињавање начин да се анулирају ефекти тих активности.⁵⁶⁵

Но, сви наведени разлози иду у прилог тези да, отварање стечајног поступка према члану друштва који је правно лице, а због немогућности испуњења обавеза према стечајном дужнику након успешног стечајног пробијања, може бити усмерено ка материјалном обједињавању имовине члана – привредног друштва, са имовином друштва чији је члан – стечајним дужником. Овакав приступ има за последицу да се имовине више повезаних лица „спајају“⁵⁶⁶ у јединствену стечајну масу, из које ће бити намирени сви повериоци, свих лица чија је имовина обједињена. Тако ће она друштва која су „злоупотребила

⁵⁶¹ В. Радовић (2014), стр. 289.

⁵⁶² О томе: Т. Јевремовић Петровић, *Групе привредних друштава*, Београд, 2014, стр. 386.

⁵⁶³ Т. Е. Graulich, *op. cit.*, стр. 528.

⁵⁶⁴ *Ibidem*.

⁵⁶⁵ UNCITRAL (2012), стр. 71-72. На истоветним основама стоји: Т. Е. Graulich, *op. cit.*, стр. 528.

⁵⁶⁶ Управо због описаног „спајања“ имовина повезаних лица, „материјално обједињавање има највише сличности са статусном променом спајања“. В. Радовић (2014), стр. 294; Д. Слијепчевић, „Стечај повезаних лица“, *Радни материјал са XIX саветовања судија привредних судова Републике Србије*, Златибор, 2011, стр. 65-66.

корпоративну форму⁵⁶⁷ бити обавезана на одговорност свих поверилаца стечајног дужника, код којег је „корпоративна форма“ била злоупотребљена.

Наведеним приступом се доводи у фину везу институт пробијања правне личности са установом материјалног обједињавања. Исто тако, истовремено се задржава и разлика између ова два института, с обзиром да се у изнетом приступу материјално обједињавање тумачи као последица немогућности испуњења обавеза члана друштва због злоупотребе правила о ограниченој одговорности члана за обавезе друштва. Притом, описани приступ институту материјалног обједињавања довољно је рестриктиван, имајући у виду „озбиљност разлога који доводе до пробијања“. Ови разлози засигурно могу оправдати материјално обједињавање имовина лица, која су, посредно или непосредно, била умешана у злоупотребу правила о ограниченој одговорности. Наведеном ваља додати и да утврђење злоупотребе члана повезаног лица, и то по основу правноснажне судске пресуде, довољно оправдава и могућност одступања од принципа ограничене одговорности за обавезе друштва, „као и принципа територијалности“⁵⁶⁸ у случају међународног стечаја.

Као слабост наведеног приступа може се издвојити чињеница да у овом подухвату уједињавања имовина више повезаних лица, могу страдати и „невини“ повериоци. Под њима се сматрају они повериоци који нису били учесници никаквог облика злоупотребе. Они једино због злоупотребе учињене од стране њиховог дужника, бивају подвргнути обавези да своје потраживање остварују из „обједињене имовине“ и тако доведу у опасност целовиту наплату свог потраживања. Међутим, и поред описаних слабости, убедљивост разлога који доводе до пробијања правне личности и аргументи оправданости примене тог института, некако претежу у корист опстанка идеје о материјалном обједињавању имовина повезаних лица, управо услед стечајног пробијања. На овај начин се, с правом, више води рачуна о повериоцима који су, због учињене злоупотребе права, онемогућени да своја потраживања наплате. По оствареном успеху у парници и обавезивању члана на чинидбу због учињене злоупотребе правила о ограниченој одговорности, ови повериоци у односу на учиниоца злоупотребе

⁵⁶⁷ Т. Е. Graulich, *op. cit.*, стр. 528.

⁵⁶⁸ В. Радовић (2014), стр. 290.

добијају статус „невољних“ поверилаца. Ово из разлога што они нису по својој вољи стекли право да од учиниоца злоупотребе остварују своје потраживање које је настало према друштву, већ је такву последицу скривио сам учинилац. Управо због тога је и оправдано приступити материјалном обједињавању зарад намирења „невољних“ поверилаца, нарочито у ситуацији када имовина члана друштва није довољна за намирење потраживања поверилаца по извршној исправи и због тога према њему буде отворен стечајни поступак. Свакако, не сме бити занемарено и да је код примене института пробијања значајно изражен јавни интерес, с обзиром да се њиме спречава злоупотреба права. Отуда и присуство протекционизма општих вредности оправдава материјално обједињавање, као последицу стечајног пробијања.

То говори да се применом модела стечајног пробијања путем кондемнаторне тужбе ствара правна могућност за материјално обједињавање имовина стечајног дужника и његовог члана, као повезаног привредног друштва. Притом, до материјалног обједињавања може доћи по испуњењу следећих, кумулативних услова: уколико због немогућности извршења обавезе по правноснажној пресуди о пробијању правне личности према члану друштва буде отворен стечајни поступак; и, уколико органи стечајног поступка стечајног дужника, превасходно стечајни управник и одбор поверилаца, сматрају оправданим материјално обједињавање, па сходно томе предложе његово спровођење.

4.2. Дејство пресуде о стечајном пробијању путем декларативне тужбе

Стечајно пробијање путем декларативне тужбе је изложено превасходно ради теоријског уобличења овог модела правне заштите. Практични разлози и сложеност правног дејства судске одлуке о декларацији злоупотребе, указују да још увек нема адекватне правне подлоге за потпуну примену овог модела стечајног пробијања. Практична примена овог модела стечајног пробијања би једино била могућа код стечаја повезаних привредних друштава. Опредељење за модел стечајног пробијања путем декларативне тужбе, доводило би до утврђења чињенице да је члан стечајног дужника злоупотребио правило о ограниченој

одговорности за обавезе друштва. Утврђујућа пресуда из овог сложеног парничног поступка, по својој правноснажности, произвела би изузетно специфична правна дејства, како према одговорном члану друштва, тако и према стечајном дужнику.

Наиме, концепција стечајног пробијања путем декларативне тужбе, заснована је на идеји да утврђујућа пресуда о постојању злоупотребе правила о ограниченој одговорности, представља ваљан правни основ за материјално обједињавање имовина стечајног дужника и члана одговорног за злоупотребу. Притом, само опредељење стечајног управника за подношење тужбе ради утврђења злоупотребе, претпостављало би постојање правног интереса за спровођење поступка материјалног обједињавања (енгл. *substantive consolidation*).

Овако замишљена концепција, за сада, није у потпуности остварљива. Превасходно, практични разлози чине препреку њене реализације. С обзиром да члан друштва може бити физичко лице, спровођење овог модела стечајног пробијања подразумевало би постојање регулативе о тзв. индивидуалном стечају, која је, притом, у потпуности компатибилна одредбама о стечају привредних друштава. У правном систему Србије још увек није правно регулисан стечај над имовином физичких лица. Управо због тога је овај модел стечајног пробијања, у ситуацији када је члан друштва физичко лице, макар за сада, изнет само као вид теоријскоправне могућности.

С друге стране, много мање проблема би било при регулисању последица пробијања путем декларативне тужбе, у ситуацији када је члан друштва правно лице. Тада би установљивање одговорности за учињену злоупотребу, представљало услов за материјално обједињавање његове имовине са имовином стечајног дужника. Материјално обједињавање би се овде могло сматрати оправданим, у ситуацији када је члан друштва, као повезано лице са стечајним дужником, у време одлучивања о материјалном обједињавању, био инсолвентан. Међутим, нарочито је проблематично правно-политичко питање спровођења материјалног обједињавања по овом принципу, у ситуацији када је члан друштва солвентан.⁵⁶⁹ У овој ситуацији посебно предњачи питање праведности

⁵⁶⁹ Т. Јевремовић Петровић (2014), стр. 386.

спровођења материјалног обједињавања имовине стечајног дужника и његовог члана, са аспекта поверилаца члана друштва, који су са њим ступали у пословне односе поуздајући се у солвентност друштва. Отуда се може поставити етичко питање, да ли је правично да према одређеном привредном друштву, практично, буде отворен стечајни поступак због обавеза према трећим лицима, а не својим повериоцима. С друге стране, у виду контрааргументације, може се, такође, поставити питање, да ли је правично да због учињене злоупотребе правила о ограниченој одговорности повериоци стечајног дужника трпе само штету а повериоци учиниоца злоупотребе уживају привилегије, које се огледају макар у већој сигурности за наплату потраживања због потенцијално остваривих користи од учињене злоупотребе.

У складу са свим напред изнетим разлозима намеће се закључак да је, у случају опредељења за модел стечајног пробијања путем декларативне тужбе, нужно пажљиво извагати изложену аргументацију „за“ и „против“.

ГЛАВА VII

ОДГОВОРНОСТ У СЛУЧАЈУ ПРОБИЈАЊА ПРАВНЕ ЛИЧНОСТИ

1. Унутрашња и спољашња одговорност члана стечајног дужника

Већ је било помена да поједини чланови друштва, са значајним учешћем у основном капиталу или који у њему остварују контролни утицај, имају посебне дужности према друштву. Наведене дужности установљене су у циљу учвршћивања лојалности члана према друштву.⁵⁷⁰ Но, без обзира на њихово утемељење у оквирима регулативе о привредним друштвима, полазне основе на којима су засноване ове посебне дужности према друштву се свакако могу пронаћи у начелу савесности и поштења. Како су обавези поштовања овог начела подвргнути сви учесници облигационих односа, следи да се сваки члан мора водити овим начелом у односима према друштву. Ово из разлога што односи међу члановима друштва почивају преваходно на уговорном односу, а тек потом на институционалној основи. Отуда, произлази да су под обавезу савесног и поштеног поступања према друштву подвргнути сви чланови друштва. Једино су они чланови, који остварују значајан управљачки утицај у друштву, односно учествују у руковођењу друштвом, додатно оптерећени обавезом посебне пажње у поступању према друштву.⁵⁷¹ С друге стране, они чланови који немају значајно учешће у основном капиталу друштва, могу одговарати за несавесно и непоштено поступање према интересима друштва сходно општим правилима облигационог права.

У позитивној регулативи о привредним друштвима је предвиђено да се против члана друштва са значајним и квалификованим учешћем, који нелојално поступа према друштву и није посвећен остваривању циљева самог друштва, може бити поднета тзв. деривативна тужба. Њу подносе чланови друштва, са прописаним квалификованим учешћем у капиталу друштва, у своје име а за рачун

⁵⁷⁰ Слично: J. Barbić, „Nekorišćene tužbe zbog izigravanja izigravanja vjerovnika u pravu društava i obveznom pravu“, *Pravo u gospodarstvu*, бр. 4/1999, стр. 465-466.

⁵⁷¹ J. Birds, A. J. Boyle, I. MacNeil, G. McCormack, C. Twigg-Flesner, C. Villiers, *Boyle & Birds' Company Law*, Bristol, 1995, стр. 209, 214 и 368.

друштва.⁵⁷² Такође, сваки члан друштва може поднети тужбу за накнаду штете против чланова са значајним учешћем или контролним утицајем у капиталу друштва, односно тзв. индивидуалну тужбу, уколико му је због непоштовања обавезе лојалности узрокована штета.⁵⁷³ Но, услед оваквог законског одређења оправдано се може поставити питање, да ли против оних чланова који немају значајно учешће или контролни утицај постоји правно средство којим би могла бити спречена њихова нелојалност према друштву. Одговор на постављено питање је свакако позитиван, јер је заштита права пред судом и обавеза постојања адекватног правног средства, примарно уставом загарантована.⁵⁷⁴ Тако пред судом може одговорати сваки члан друштва, без обзира на учешће у његовом капиталу, уколико својим несавесним поступањем узрокује штету било самом друштву или другим члановима друштва. Основ ове одговорности проналази се у општим правилима о забрани проузроковања штете.⁵⁷⁵ У сваком случају, без обзира да ли се одговорност утврђује на основу строжих прописа о привредним друштвима или на основу општих начела облигационог права, може се закључити да је сваки од поменутих видова одговорности усмерен ка самом друштву и његовим члановима. Због тога се у правној литератури овај вид одговорности често назива унутрашњом одговорношћу.

Насупрот унутрашњој, познат је и појам спољашње одговорности члана друштва. Њиме се објашњава одговорност члана према трећим лицима. Спољашња одговорност члана друштва се очевидно установљава услед „ванстечајног“ пробијања правне личности. Проглашењем одговорним у поступку „ванстечајног“ пробијања, члан привредног друштва не постаје обвезник испуњења одређене чинидбе ни према друштву или другом његовом члану, већ према повериоцу друштва.

У односу на случајеве „ванстечајног“ пробијања, где не постоји сумња да се ради о спољашњем виду одговорности, особености стечајног пробијања намећу бројне дилеме по овом питању. Наиме, за очекивати је да ће поступак стечајног пробијања најчешће бити инициран од стране стечајног управника. Његова је

⁵⁷² ЗОПД (2011), чл. 79.

⁵⁷³ ЗОПД (2011), чл. 78.

⁵⁷⁴ Устав Републике Србије (*Сл. гласник РС*, бр. 98/2006), чл. 36 ст. 1.

⁵⁷⁵ ЗОО, чл. 16 и чл. 154-158.

дужност да у име и за рачун стечајног дужника, односно стечајне масе, отпочне поступак пробијања у сваком случају када постоји основана сумња у постојање злоупотребе правила о ограниченој одговорности. Након евентуалног успеха у стечајном пробијању, правноснажно пресуђена вредност постаје саставни део стечајне масе. У таквој ситуацији остаје спорно да ли се код стечајног пробијања може говорити о унутрашњој или спољашњој одговорности.

С обзиром да се стечајни управник у поступку пробијања легитимише као заступник стечајног дужника, додуше у формалном смислу, могло би се закључити да се искључиво говори о унутрашњој одговорности. Међутим, он фактички не заступа примарно интересе стечајног дужника. Отварањем стечајног поступка интерес поверилаца постаје доминантан. Због тога, суштински, свако поступање стечајног управника мора бити усмерено ка најповољнијем колективном намирењу поверилаца стечајног дужника. Уколико то није случај, правна ваљаност поступања стечајног управника постаје дискутабилна. С тим у вези, дужност пробијања правне личности од стране стечајног управника се управо установљава у интересу поверилаца. Свака корист остварена од тог поступка служила би намирењу њихових потраживања.

Поред изнетог, особеност стечајног пробијања се огледа у томе што остварена вредност није сразмерна вредности за коју је члан друштва непосредно оштетио друштво. У практичном смислу, уколико се члан друштва окористио о неку ствар из имовине друштва, не значи да ће по окончању стечајног пробијања бити обавезан да у стечајну масу врати било ту ствар или новац сразмеран њеној вредности. Његова обавеза зависиће искључиво од последица узрокованих повериоцима. Отуда ће у стечајну масу члан друштва вратити вредност одмерену искључиво по потраживањима поверилаца, који због учињене злоупотребе иста нису могла остварити од друштва. Тиме се, очито, додатно потврђују елементи спољашње одговорности члана у случају стечајног пробијања.

Следом наведеног, може се рећи да стечајно пробијање у формалном смислу представља унутрашњу одговорност (одговорност према друштву), док у материјалном смислу она чини спољашњи вид одговорности (одговорност према повериоцима). У томе се додатно потврђује специфичност стечајног пробијања и

потреба засебног постојања у односу на већ установљене правне инструменте заштите интереса поверилаца у стечајном поступку.

2. Одговорност за пробијање правне личности и одговорност за штету

Ради лакшег разумевања специфичности пробијања правне личности, нарочито стечајног, нужно је његове основне карактеристике поредити са одликама одговорности за проузроковану штету.

Опште је правило да након проузроковања штете настаје обавеза штетника на њену накнаду, по испуњењу законом прописаних услова. Услови који доводе до одговорности за насталу штету су двојаки. Једни су обавезни или стални, јер је њихово постојање увек потребно, док су други варијабилни или повремени, имајући у виду да се траже само код одређених врста одговорности.⁵⁷⁶ Као стални услови, без чијег испуњења не може бити установљена одговорност за насталу штету, подразумевају се: постојање штете и узрочне везе између ње и радње штетника. Кривица штетника и противправност су повремени услови. Могуће је да одговорност за накнаду штете буде установљена и без постојања кривице штетника. То је присутно код тзв. објективне одговорности.⁵⁷⁷ И противправност може бити изузета када разлози правичности то налажу.⁵⁷⁸ Суштина одговорности по основу причињене штете видљива је у тежњи да се њоме „отклоне штетне последице по оштећеног које је изазвао починилац“,⁵⁷⁹ односно да му се накнади настала штета. Уколико је штета материјална, односно причињена на имовинским добрима оштећеног, накнада се врши сваљивањем штете са оштећеног на одговорног. Надокнада, дакле, мора бити у сразмери са претрпљеним материјалним губицима. Код причињене нематеријалне штете, због саме њене природе, често није могућно штету накнадити путем еквивалентног давања или чињења. Тада остаје једино могуће новчано давање ради „задовољења

⁵⁷⁶ Ј. Радишић (2004), стр. 196.

⁵⁷⁷ Прави пример „објективне одговорности“ јесте одговорност за штету од опасне ствари или опасне делатности, регулисане у ЗОО, чл. 173-179. Она се установљава независно од кривице, на темељу само објективних услова: штете и узрочне везе. Њено постојање заснива се на створеном или контролисаном ризику. О томе: С. Перовић (1995), стр. 402.

⁵⁷⁸ Ј. Радишић (2004), стр. 195.

⁵⁷⁹ *Ibid.*, стр. 189.

(сатисфакције) у облику давања новчаног износа“,⁵⁸⁰ којим се уклањају или чешће само ублажавају последице узроковане причињеном штетом.

Код пробијања правне личности основни циљ повериоца је да, по утврђењу злоупотребе правила о ограниченој одговорности члана за обавезе друштва, наплати своје потраживање. Учињена злоупотреба од стране члана, дакле, не представља основ за накнаду штете, већ основ за испуњење обавезе коју је друштво имало према свом повериоцу. Отуда се поверилац у поступку пробијања неће задовољити отклањањем штетних последица учињене злоупотребе. Његов основни циљ је да своје потраживање у целости наплати од члана друштва, јер због учињене злоупотребе то није могао учинити од привредног друштва. У томе се огледа основна разлика одговорности због пробијања у односу на одговорност за причињену штету. Да ли ће у овој намери поверилац друштва у потпуности успети, свакако зависи од вредности имовине члана друштва. Уколико је имовина члана друштва већа од потраживања повериоца, у поступку „ванстечајног“ пробијања ће поверилац у потпуности наплатити потраживање које од друштва није могао остварити. Када је имовина члана мања од вредности потраживања повериоца друштва, поверилац ће своје потраживање само делимично намирити из целокупне имовине члана.

Код стечајног пробијања, због посебности стечајне регулативе, намирење поверилаца додатно се усложњава. Тако успех у стечајном пробијању не води намирењу сваког повериоца појединачно, већ њиховом равноправном намирењу, сразмерно исплатном реду у оквиру којег су сврстани с обзиром на природу њиховог потраживања. Управо због тога, стечајно пробијање одликује нарочита посебност у односу на одговорност за причињену штету.

⁵⁸⁰ О. Станковић, *Накнада штете*, Београд, 1998, стр. 153.

ГЛАВА VIII

ОДНОС ПРОБИЈАЊА ПРАВНЕ ЛИЧНОСТИ И ПОБИЈАЊА ПРАВНИХ РАДЊИ СТЕЧАЈНОГ ДУЖНИКА

1. Појам побијања правних радњи стечајног дужника

Иако дужник, начелно, самостално одговара за дугове целокупном својом имовином, повериоци не могу остати без икаквог утицаја на његову имовину. Поједини правни писци, нарочито француски, сматрају чак да повериоци имају тзв. општу залогу на дужниковој имовини. Међутим, овакав приступ у стварности, више представља једну „стилску фигуру“, него стварну залогу.⁵⁸¹ С правом се приговара да за постојање тзв. опште залогне недостају две основне особине права залогне: право првенствене наплате и право слеђења.⁵⁸² Но, и поред оповргавања теорије опште залогне на дужниковој имовини, ипак су повериоцу дозвољена одређена права којима може утицати на дужникову имовину, јер, повериоцу не може бити свеједно да ли се имовина дужника смањује или увећава. Због тога му наш државно-правни поредак признаје овлашћење да се, под одређеним условима, „умеша у имовинскоправне односе свога дужника“.⁵⁸³ Циљ овог мешања јесте да се дужникова имовина макар сачува, ако не и увећа, како би наплата потраживања поверилаца била извеснија.

У позитивном праву Србије ово мешање у имовинскоправне односе дужника од стране поверилаца омогућава се путем института побијања дужникових правних радњи.⁵⁸⁴ Поменути институт датира још из римског права, познатији под називом паулијанска тужба (лат. *actio Pauliana*).⁵⁸⁵ У случају када дужник поседује довољно вредну имовину за намирење поверилаца, интерес за побијањем дужникових правних радњи није нарочито изражен. Ово питање добија на значају тек када имовина дужника није довољна за подмирење свих

⁵⁸¹ Ј. Радишић (2004), стр. 195.

⁵⁸² Б. С. Марковић, *Право побијања изван стечаја*, Београд, 1935, стр. 10.

⁵⁸³ Ј. Радишић (2004), стр. 195.

⁵⁸⁴ У правној теорији, поред побијања дужникових правних радњи, као вид мешања у имовину дужника од стране поверилаца помиње се и употреба дужникових занемарених права. Овај вид правне заштите поверилаца познат је у француском праву. Видети: Француски грађански законик (фра: *Code Civil*), Art. 1166.

⁵⁸⁵ С. Перовић (1995), стр. 645.

његових обавеза.⁵⁸⁶ Наравно, дужник не мора бити инсолвентан да би побијање било могуће, мада је то у пракси најчешћи случај. Управо због тога су посебно изражена два појавна облика побијања дужникових правних радњи, у виду изванстечајног и стечајног побијања. Иако су суштински оба појавна облика побијања посвећена истим циљевима, основна разлика се огледа у томе што побијање изван стечаја „има значај појединачне заштите интереса“, док се стечајним побијањем тежи „заштити свих поверилаца његових“.⁵⁸⁷

С обзиром на потребу спознаје односа института побијања са пробијањем правне личности у стечајном поступку, посебну пажњу ваља посветити побијању правних радњи стечајног дужника. Препознавањем његових основних одлика могуће је уочити његову очигледну посебност у односу на институт стечајног пробијања. Самим тим, могуће је поуздано донети суд о потреби њиховог паралелног постојања у оквирима стечајне регулативе.

У том подухвату свакако је нужно поћи од појма побијања правних радњи стечајног дужника. Тако се право стечајног побијања дефинише као овлашћење поверилаца стечајног дужника и стечајног управника, који иступа у име стечајног дужника односно стечајне масе, да оспоравају радње стечајног дужника предузете пре отварања стечајног поступка, којима се нарушава равномерно намирење, односно оштећују повериоци или се поједини повериоци стављају у повољнији положај, с циљем да се у односу на стечајну масу поништи њихово правно дејство, а потом се у њу врате имовинске користи стечене из побијених радњи од стране противника побијања.⁵⁸⁸

Из поменуте дефиниције уочљиво је да се сврха побијања не огледа у намери да се правни однос између стечајног дужника и противника побијања у потпуности обеснажи, већ да се материјалне користи проистекле из тог односа врате у стечајну масу. Притом, побијена правна радња остаје пуноважна према свим трећим лицима, али губи правну снагу једино према повериоцима стечајног

⁵⁸⁶ Д. Слијепчевић, С. Спасић, *Коментар Закона о стечајном поступку*, Београд, 2006, стр. 353.

⁵⁸⁷ В. Митровић, *op. cit.*, стр. 73.

⁵⁸⁸ Слично: Т. Делибашић, *op. cit.*, стр. 72 – 73; М. Велимировић, „Остваривање права побијања у стечају“, *Правни информатор*, бр. 7-8/2011, стр. 19; Г. Илић-Попов, Н. Јовановић, Ј. Јовановић (ур.), стр. 246.

дужника.⁵⁸⁹ То је и суштинска разлика института побијања у односу на институте апсолутне и релативне ништавости, услед чијег проглашења правна радња остаје без дејства према свим учесницима правног промета.

Под „правном радњом“ која се побија, може се подвести сваки поступак дужника услед којег се његова имовина у нечију корист материјално умањује, чиме се отежава или онемогућује намирење његових поверилаца.⁵⁹⁰ Предмет побијања превасходно чине активне дужникове правне радње, попут ступања у одређене грађанскоправне односе, било једностране или двостране. Дакле, под појам „правне радње“ потпадају сви акти који су од значаја за имовину дужника, попут уговора или једностраних правних послова.⁵⁹¹ Међутим, побијати се могу и дужникова свесна пропуштања очекиваних користи⁵⁹² или она која су довела до умањења дужникове имовине.⁵⁹³ Нужно је нагласити да се побијати могу и свесна пропуштања појединих процесних радњи, због којих је узрокован неповољан процесноправни положај дужника, а до чега не би дошло да су предузете основне процесне активности. На крају, могуће је побијати и извесне дужникове деликтне радње према његовој имовини, којим се на посредан или непосредан начин могу окористити трећа лица.

⁵⁸⁹ Д. Слијепчевић, „Услови и начини стечајног побијања по Закону о стечају“, *Правни информатор*, бр. 4/2010, Београд, стр. 30.

⁵⁹⁰ С. Перовић (1995), стр. 650; Д. Слијепчевић, С. Спасић, *op. cit.*, стр. 354.

⁵⁹¹ Т. Делибашић, *op. cit.*, стр. 287.

⁵⁹² У правној литератури су присутна и становишта да се не могу побијати правне радње којима је стечајни дужник одбио могућност обогаћења, односно увећања своје имовине. О томе: Г. Илић-Попов, Н. Јовановић, Ј. Јовановић (ур.), стр. 259.

Овде се полази од тврдње да се не може побијати дужникова „изјава да се не прима понуђеног наслеђа, јер се он не одриче нечега већ прибављеног, односно стеченог, што би се сматрало његовим.“

Наведено образложење није прихватљиво. Наиме, у наследном праву Србије не постоји могућност давања тзв. „изјаве да се дужник не прима или прихвата туђег наслеђа“. Заоставштина по сили закона прелази на оставиоачеве наследнике у тренутку његове смрти. Видети: Закон о наслеђивању, чл. 212 ст. 1.

Наследник се једино, према Закону о наслеђивању (чл. 213), може одрећи наслеђа изјавом датом пред судом, након чега се сматра да није ни био наследник. Међутим, у том случају радња одрицања од наслеђа представља активну дужникову правну радњу. Сходно томе, таква радња се може побијати по правилима побијања других активних правних радњи дужника.

Због тога, нема законских сметњи да и правне радње којима се свесно пропушта објективно очекивана корист, могу бити успешно побијане.

⁵⁹³ Закон о стечају, чл. 119 ст. 2.

2. Претпоставке побијања правних радњи стечајног дужника

Побијање правних радњи се не врши ради спречавања богаћења противника побијања. Смисао установе побијања у стечајном поступку видљив је у тежњи да се њоме спречи оштећење поверилаца и очува принцип њиховог равномерног намирења.⁵⁹⁴ Но, да би побијање било могућно, нужно је остварити одређене опште и посебне услове. Одређење ових услова произлази из позитивне стечајне регулативе. Отуда, при разматрању општих услова за побијање правних радњи, ваља поћи од самог законског одређења да се побијати могу правне радње предузете пре отварања стечајног поступка, којима се нарушава равномерно намирење стечајних поверилаца или оштећују повериоци, или којима се поједини повериоци стављају у погоднији положај.⁵⁹⁵ Побијање се може вршити од дана отварања стечајног поступка до дана одржавања рочишта за главну деобу.⁵⁹⁶

Из наведене регулативе произлази да у опште услове побијања спадају следеће околности, чије је испуњење нужно: 1) да је отворен стечајни поступак; 2) да су правне радње које се побијају предузете пре отварања стечајног поступка; 3) да постоји недовољност стечајне масе дужника за намирење потраживања поверилаца; 4) да се правном радњом остварују законом прописане последице у односу на повериоце стечајног дужника; 5) да је побијање предузето у законом прописаном временском оквиру.

Пре отварања стечајног поступка не може бити говора о стечајном побијању. Отуда се као прва општа претпоставка побијања намеће потреба да стечајни поступак буде отворен. То говори да се правне радње у стечају могу побијати почев од наступања правних последица отварања стечаја.⁵⁹⁷ То не значи да се поступак побијања не може окончати успехом побијача, уколико се у току његовог трајања оконча стечајни поступак, било закључењем или обустављањем након потврђивања усвајања плана реорганизације. У случају када у току парнице за побијање правних радњи дође до деобе стечајне масе и закључења стечајног поступка, евентуална средства остварена услед успеха у поступку побијања

⁵⁹⁴ Т. Делибашић, *op. cit.*, стр. 203.

⁵⁹⁵ Закон о стечају, чл. 119 ст. 1.

⁵⁹⁶ Закон о стечају, чл. 119 ст. 4.

⁵⁹⁷ Закон о стечају, чл. 73 ст. 1.

представљаће накнадно пронађену имовину. С друге стране, уколико у време трајања парнице за побијање дође до усвајања плана реорганизације, самим планом реорганизације могуће је предвидети посебне мере усмерене ка побијању правних радњи.⁵⁹⁸

Побијати се могу само правне радње које су предузете пре отварања стечајног поступка. Притом, није нужно постојање временске везе између предузимања правне радње и настанка потраживања стечајних поверилаца.⁵⁹⁹ И сваки правни посао мора бити закључен пре отварања стечајног поступка да би се могао побијати. Иначе, у погледу времена закључења правног посла, позитивном стечајном регулативом је предвиђено да се има сматрати да је правни посао закључен онда када су испуњени услови за његову правноснажност. Ако је за његову правноснажност потребан упис у одређену јавну књигу или регистар, сматра се да је правни посао закључен онда када је захтев за упис поднет одговарајућем органу.⁶⁰⁰

Ваља поменути да се побијање правних радњи у стечају врши само уколико имовина стечајног дужника није довољна за намирење свих његових поверилаца.⁶⁰¹ Једино је у том случају могуће поједине повериоце привилеговати у односу на друге или нарушавати равномерно намирење. Уколико је имовина стечајног дужника довољна за намирење свих поверилаца, потреба за побијањем није изражена. Због тога се недовољност имовине стечајног дужника намеће као други општи услов побијања.

Да би побијање било могуће неопходно је да се правном радњом остварују законом прописане последице у односу на повериоце. Нужно је да се њоме оштећују повериоци, нарушава њихово равномерно намирење или да се поједини повериоци стечајног дужника погодују. Да би се постојање оштећења утврдило потребно је доказати да би повериоци стечајног дужника, у случају успеха у поступку побијања, дошли у бољи материјалноправни или формалноправни

⁵⁹⁸ Д. Слијепчевић (2010), стр. 21. Иначе, даље се напомиње да се побијање може вршити по општим правилима стечајног побијања само у случају реорганизације у стечају, а не и реорганизације по унапред припремљеном плану.

⁵⁹⁹ Т. Делибашић, *op. cit.*, стр. 195.

⁶⁰⁰ Закон о стечају, чл. 127 ст. 2.

⁶⁰¹ Д. Слијепчевић, С. Спасић, *op. cit.*, стр. 356.

положај.⁶⁰² Нарушавање равномерног намирења поверилаца постоји када је један од поверилаца стечајног дужника, пре момента отварања стечајног поступка, побојном радњом успео да своје потраживање у потпуности или делимично намири на штету других поверилаца. С друге стране, погодовање повериоцу наступа у случају када је побојном радњом одређено лице, које у стечајном поступку има статус повериоца, стављен у погоднији положај у односу на друге повериоце.⁶⁰³

Последњи општи услов побијања тиче се временског оквира у коме се стечајно побијање може вршити. Тако је предвиђено да се поступак побијања може покренути најраније од дана наступања правних последица отварања стечајног поступка по стечајног дужника, док је као крајњи рок предвиђен дан одржавања рочишта за главну деобу.

Уз испуњење свих општих услова, за побијање правних радњи стечајног дужника неопходно је испуњење и макар једног од прописаних посебних услова. У позитивној стечајној регулативи дефинисано је пет посебних побојних разлога: 1) уобичајено намирење; 2) неуобичајено намирење; 3) непосредно оштећење поверилаца; 4) намерно оштећење поверилаца; 5) послови и радње без накнаде или уз незнатну накнаду.⁶⁰⁴ Ови се посебни услови даље могу класификовати у две групе. У прву групу би могли бити сврстани објективно субјективни разлози за побијање, односно они који поред објективних чињеница захтевају и одређени субјективни однос противника побијања према побијаној радњи. Ту се сврставају уобичајено намирење, непосредно оштећење поверилаца и намерно оштећење поверилаца. У другу се групу сврставају само објективизирани услови, а у које се

⁶⁰² Б. С. Марковић, *op. cit.*, стр. 84.

⁶⁰³ Поједини аутори сматрају да се погодовање поверилаца не треба издвајати од нарушавања равномерног намирења. Тако се појашњава да свако погодовање подразумева и нарушавање равномерног намирења, па се отуда оно ваља подвести под појам нарушавања равномерног намирења. Због тога „погодовање поверилаца“, као посебан појам, у стечајној регулативи није потребан. О томе: М. Живковић, *Право побијања дужникових правних радњи*, докторска дисертација, Правни факултет у Београду, Београд, 2016, стр. 340.

Међутим, „нарушавање равномерног намирења“ се не може у потпуности изједначити са појмом „погодовања поверилаца“. Наиме, нарушавање равномерног намирења може уследити и у ситуацији када одређени поверилац, побојном радњом у потпуности намири своје потраживање пре отварања стечајног поступка. Због тога он у моменту отварања стечајног поступка нема више статус повериоца, па се тако не може сматрати „повериоцем“ коме се погодује у стечају у односу на друге повериоце.

⁶⁰⁴ Закон о стечају, чл. 120-124.

убрајају неуобичајено намирење и послови и радње без накнаде или уз незнатну накнаду.⁶⁰⁵

Иначе, до уобичајеног намирења или обезбеђења долази на основу радње којом се неком стечајном повериоцу омогућује обезбеђење или намирење потраживања на начин и у време које је у складу са његовим правом.⁶⁰⁶ Једино се побијање дозвољава јер је испуњење ваљано настале и доспеле обавезе уследило у „незгодно време“.⁶⁰⁷ То је време краће од шест месеци пре подношења предлога за покретање стечајног поступка, а у које је стечајни дужник био неспособан за плаћање.⁶⁰⁸ Међутим, да би побијање у овој ситуацији било могуће, нужно је постојање одређеног субјективног односа уобичајено намиреног повериоца према стечајном дужнику. Наиме, овај поверилац у односу на побијану правну радњу уобичајеног намирења мора показати одређен степен несавесности. Нужно је да је он знао или морао знати да је у време уобичајеног намирења стечајни дужник био неспособан за плаћање. Стање такве свести потребно је једино на страни повериоца уобичајеног намирења, а не и на страни стечајног дужника.⁶⁰⁹ Како би доказивање знања или скривљеног незнања о неспособности плаћања било у пракси олакшано, законски је регулисана и претпоставка постојања овог стања свести. Тако је прописано да ће се знање или скривљено незнање о неспособности плаћања стечајног дужника сматрати постојаним, уколико је поверилац уобичајеног намирења знао за околности из којих се на несумњив начин може закључити да постоји неспособност плаћања, нарочито ако је рачун дужника био у непрекидној блокади у трајању од најмање тридесет дана, односно да је поднет предлог за покретање стечајног поступка.⁶¹⁰ Претпоставка знања о неспособности плаћања стечајног дужника у време предузимања побојне радње, или о чињеници подношења предлога за покретање стечајног поступка, нарочито важи и за лица повезана са стечајним дужником.⁶¹¹

⁶⁰⁵ Д. Слијепчевић, С. Спасић, *op. cit.*, стр. 357.

⁶⁰⁶ М. Велимировић (2004), стр. 128.

⁶⁰⁷ *Ibidem.*

⁶⁰⁸ Закон о стечају, чл. 120 ст. 1.

⁶⁰⁹ Д. Слијепчевић, С. Спасић, *op. cit.*, стр. 364; Д. Слијепчевић (2010), стр. 23.

⁶¹⁰ Закон о стечају, чл. 120 ст. 3.

⁶¹¹ Закон о стечају, чл. 120 ст. 4.

Под неуобичајеним намирењем подразумева се правна радња којом се одређеном повериоцу пружа обезбеђење или даје намирење које он уопште није имао право да тражи или је имао право да тражи али не на начин и у време када је предузето.⁶¹² За испуњење овог посебног услова побијања нужно је постојање само објективизираних разлога. Први разлог се односи на само намирење повериоца као противника побијања. Потребно је, дакле, да он буде намирен правном радњом која не ужива судску заштиту или радњом са пуноважним правним дејством, али је реализација те радње уследила „у време или на начин који не одговара природи или садржини тог права“.⁶¹³ Други разлог тиче се периода у ком је неуобичајено намирење уследило. Тако је испуњење овог посебног услова могуће једино уколико је радња неуобичајеног намирења или обезбеђења предузета у последњих шест месеци пре подношења предлога за покретање стечајног поступка.⁶¹⁴

Као посебан услов побијања правних радњи регулише се и утврђење чињенице непосредног оштећења стечајних поверилаца.⁶¹⁵ Поред доказивања постојања непосредног оштећења, као општег услова, нужно је и испуњење алтернативно постављених предуслова. Први предуслов⁶¹⁶ односи се на чињеницу да је непосредно оштећење уследило радњом стечајног дужника, предузетом у последњих шест месеци пре подношења предлога за покретање стечајног поступка, а у време закључења посла стечајни дужник је био неспособан за плаћање и ако је сауговарач стечајног дужника знао за његову неспособност плаћања. Дакле, овај први предуслов се састоји од два објективна и једног субјективног елемента. Објективни његови елементи односе се на временски интервал предузимања правне радње од шест месеци пре подношења предлога и постојање неспособности за плаћање стечајног дужника у то време. Субјективни елемент овог предуслова односи се на постојање знања сауговарача стечајног дужника о његовој неспособности за плаћање. И у овом случају се знање неспособности за плаћање претпоставља уколико је сауговарач стечајног дужника знао за околности из којих се на несумњив начин може закључити да постоји

⁶¹² Закон о стечају, чл. 121.

⁶¹³ Д. Слијепчевић, С. Спасић, *op. cit.*, стр. 369.

⁶¹⁴ Закон о стечају, чл. 121.

⁶¹⁵ Закон о стечају, чл. 122.

⁶¹⁶ Закон о стечају, чл. 122 ст. 1 тач. 1.

неспособност плаћања, посебно ако је рачун дужника био у непрекидној блокади у трајању од најмање тридесет дана, односно да је поднет предлог за покретање стечајног поступка, као и уколико је у питању лице које је повезано са стечајним дужником.⁶¹⁷ Други алтернативно предвиђени предуслов,⁶¹⁸ такође подразумева испуњење објективно и субјективно постављеног елемента. Објективни елемент овог предуслова односи се на нужност да је правни посао, којим је уследило непосредно оштећење, био закључен после подношења предлога за покретање стечајног поступка. С друге стране, субјективан однос саговорача према стечајном дужнику односи се на његово знање или скривљено незнање, као и претпостављено знање,⁶¹⁹ да је стечајни дужник неспособан за плаћање, односно да је поднет предлог за покретање стечајног поступка. Трећи предуслов⁶²⁰ се састоји само из објективизираних елемената. За његово испуњење нужно је доказати да је до непосредног оштећења поверилаца дошло радњом предузетом од стечајног дужника или пропуштањем предузимања радње стечајног дужника, а којом он губи неко своје право или због које он то право више не може остварити. Притом, као други објективни елемент овог предуслова, чије је постојање нужно, односи се на потребу да је поменута радња предузета или пропуштена у последњих шест месеци пре подношења предлога за покретање стечајног поступка. Тек по испуњењу једног од поменута три предуслова, а потом и доказивања општег услова непосредног оштећења, односно постојања радње којом се повериоци непосредно оштећују, могуће је остварити успех у побијању правних радњи с позивом на описани посебни законски услов за побијање.

Разматрање намерног оштећења поверилаца као посебног услова за побијање правних радњи стечајног дужника захтева посебну пажњу. Не само да је у питању најстарији облик побојне тужбе,⁶²¹ већ је у примени права, позивање на овај посебни побојни разлог често заступљено у пракси. Разлози учесталости позивања на овај побојни разлог превасходно леже у чињеници да се њиме дозвољава највећа временска дистанца у оквиру које је дозвољено побијање. Наиме, због намерног оштећења поверилаца могуће је побијање правних радњи

⁶¹⁷ Закон о стечају, чл. 122 ст. 3.

⁶¹⁸ Закон о стечају, чл. 122 ст. 1 тач. 2.

⁶¹⁹ Закон о стечају, чл. 122 ст. 3.

⁶²⁰ Закон о стечају, чл. 122 ст. 1 тач. 3.

⁶²¹ Т. Делибашић, *op. cit.*, стр. 209.

предузетих у последњих пет година пре подношења предлога за покретање стечајног поступка или након тога.⁶²² Међутим, поменута учесталост позивања на наведени побојни разлог није праћена адекватном сразмером у остваривању успеха у поступцима побијања. Напротив, позивање на овај побојни разлог често резултира неуспехом у судском поступку, а све због бројних потешкоћа у његовом доказивању. Првенствено ваља указати да значајна временска удаљеност периода закључења побијане правне радње од момента отпочињања поступка побијања, по природи ствари, отежава доказивање овог побојног разлога. Но, то није једина отежавајућа околност. Суштински, проблем лежи у самим чињеничним претпоставкама које морају бити испуњене да би побијање уз позивање на овај побојни разлог уопште било могуће. Ове чињеничне претпоставке су објективне и субјективне природе. У објективне, поред већ поменуте нужности да је правна радња предузета у последњих пет година пре подношења предлога за покретање стечајног поступка, односно пре момента његовог отварања, спада и обавеза доказивања постојања штете настале побијаном радњом по једног или више поверилаца. Субјективне чињеничне претпоставке чини, с једне стране, потреба доказивања намере стечајног дужника да оштети једног или више поверилаца побијаном правном радњом, док, с друге стране, њу чини и нужност утврђивања чињенице да је сауговарач стечајног дужника, у том побијаном послу или правној радњи, знао за наведену намеру стечајног дужника. Управо су описане субјективне чињеничне претпоставке, у практичној примени права, изузетно тешко доказиве. Чак и уколико се докаже постојање намере оштећења поверилаца од стране стечајног дужника, као његовог психичког односа према повериоцима у времену предузимања побијане радње, обавеза истовременог знања његовог сауговарача за ову намеру, чини поступак доказивања овог побојног разлога крајње сложеним.⁶²³

⁶²² Закон о стечају, чл. 123 ст. 1

⁶²³ Овде је важно нагласити да у бројним примерима у примени права, чак и након утврђења очигледне намере стечајног дужника да предузетом правном радњом оштети повериоце, побијање правних радњи није дозвољено по основу разлога намерног оштећења поверилаца, уз образложење да није доказано знање његовог сауговарача о овој намери стечајног дужника. Нарочито је занимљиво поменути већ устаљено становиште судова да у учесталим примерима оптерећивања имовине зависних друштава према банкама, зарад обезбеђења њиховог кредитног потраживања према матичном друштву (било заснивањем залогe на имовини зависног друштва, преузимањем дугова матичног друштва од стране зависног, приступањем, а уз поседовање информација банака

У стечајној регулативи као посебан услов побијања предвиђено је и располагање без накнаде или уз незнатну накнаду.⁶²⁴ Овај услов заснован је на објективним претпоставкама. Прва се претпоставка односи на време предузимања правне радње без накнаде или уз незнатну накнаду. Тако се ове радње могу побијати само уколико су предузете у последњих пет година пре подношења предлога за покретање стечајног поступка. Друга се претпоставка тиче неадекватне накнаде за предузету правну радњу стечајног дужника. Тако се побијати може правна радња која није праћена икаквом накнадом, као и она која је само незнатна. Овде се намеће потреба за дефинисањем правне радње без накнаде, као и оне уз незнатну накнаду. Под правном радњом без накнаде обухватају се „све правне радње стечајног дужника којима умањује сопствену имовину у корист другог лица, при чему заузврат не добија нити треба да добије неку противвредност“.⁶²⁵ Под овим радњама се могу сврстати разнолике једностране и двостране правне радње. Типичне једностране добротине правне радње чине отпуст дуга, дереликција, јавно обећање награде.⁶²⁶ Стечајна регулатива посебну пажњу посвећује појединим процесним чиницама, односно пропуштањима, а које се подразумевају радњама без накнаде. Тако се правном радњом без накнаде нарочито сматра пропуштање улагања жалбе, приговора, одговора на тужбу или изостанак са рочишта, ако је саговорач стечајног дужника од таквог пропуштања стекао одређену имовинску корист.⁶²⁷ Такође се и

о очигледној кредитној неспособности зависних друштава (на основу уредних података Кредитног бироа), потом учесталој неспособности плаћања (на основу јавно доступних извештаја Народне банке Србије о стању пословних рачуна) и непостојању икакве користи по зависна друштва од овог вида оптерећења њихове имовине (утврђеном на основу налаза и мишљења вештака економско-финансијске струке обављеног у сложеном поступку вештачења економско-финансијских токова свих повезаних лица), не постоји „знање банке о намери зависног друштва као стечајног дужника, да овим оптерећењем своје имовине оштети своје повериоце“. Примери: Пресуда Привредног апелационог суда Пж. 2137/12 од 18. априла 2013. године; Пресуда Привредног апелационог суда Пж. 1769/14 од 27. јула 2015. године; Пресуда Привредног апелационог суда Пж. 7527/14 од 30. јуна 2016. године; Решење Врховног касационог суда Прев. 23/2015 од 15. септембра 2015. године.

⁶²⁴ Ипак, постоји интенција изражена код српских законодаписаца да се „послови и радње без накнаде или уз незнатну накнаду“ не сматрају више посебним разлогом за побијање, већ да се у одређеној мери овакво поступање подведе под намерно оштећење поверилаца. Видети: Нацрт Закона о изменама и допунама Закона о стечају из октобра 2016. године, чл. 25. Доступно на: www.privreda.gov.rs (сајт посећен 20. октобра 2016. године).

⁶²⁵ В. Радовић, „Побијање правне радње без накнаде или уз незнатну накнаду у стечајном поступку“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1/2013, стр. 79.

⁶²⁶ *Ibidem*.

⁶²⁷ Закон о стечају, чл. 124 ст. 2.

одрицање од наследства са аспекта стечајне регулативе сматра радњом без накнаде.⁶²⁸ С друге стране, и двостране правне радње могу бити без накнаде. Овде се на првом месту намеће закључење уговора о поклону, потом куповина очигледно ненаплативог потраживања, накнаде исплаћене члановима управе без правног основа и сл.⁶²⁹ Посебну пажњу у правној литератури изазива тврдња да „испуњење, преузимање или обезбеђење туђег дуга, без добијања противвредности, представља добротину правну радњу“.⁶³⁰ Наведено становиште је изложено оштрој критици од стране појединих правних писаца, нарочито у расправи о „теретности“ уговора о јемству у привреди.⁶³¹ Но, овако жупна критика,⁶³² није утемељена на реалним правним основама. Наиме, својим правим умећем, заступници другачијег правног виђења од напред поменутог, при разматрању „теретности“ уговора о јемству, пажљиво анализирају сложену установу јемства. Тако ову правну установу тумаче као тространи однос, између јемца и повериоца (уговор о јемству), потом јемца и дужника (уговор о јемчењу) и између повериоца и дужника, „који је по правилу, али не и нужно уговорни, којим је одређено потраживање за које се јемчи“.⁶³³ Потом, на основу изнетог тумачења, закључује се да „убедљиво делује претпоставка да јемац уговор о јемству закључује рачунајући да ће суброгацијом у права повериоца добити од дужника оно шта је за њега платио. То је нарочито наглашено код јемства за потраживања из комерцијалних уговора, а код њих се једино поставља питање ове квалификације с обзиром на могућност побијања у стечају.“⁶³⁴ Међутим, након констатације да је „тешко замисливо да комерцијална правна лица закључују овај

⁶²⁸ Закон о стечају, чл. 124 ст. 3.

⁶²⁹ В. Радовић (2013), стр. 80-81.

⁶³⁰ *Ibidem*.

⁶³¹ Д. Хибер, „Побијање уговора о јемству у стечајном поступку“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1/2015, стр. 68; М. Живковић, „Јемство у привреди и могућност побијања овог правног посла на основу члана 124. Закона о стечају“, *Правни информатор*, бр. 9/2015, стр. 20-29; М. Живковић (2016), стр. 418-419.

⁶³² Д. Хибер, *op. cit.*, стр. 68. Наведени аутор у свом раду превасходно погрешно наводи да је „Вук Радовић изнео став да је уговор о јемству добротин“. Међутим, Вук Радовић је, разматрајући правне радње без накнаде, у свом раду, на уопштен начин, истакао да „испуњење, преузимање или обезбеђење туђег дуга, без добијања противвредности, представља добротину правну радњу“ (видети: В. Радовић (2013), стр. 80-81). То значи да је само на посредан начин, никако не изричито, учинио могућим да, између осталих средстава обезбеђења, и уговор о јемству буде окарактерисан као правни посао или правна радња без накнаде.

⁶³³ Д. Хибер, *op. cit.*, стр. 62-63.

⁶³⁴ *Ibid.*, стр. 72.

уговор као пријатељску услугу јемца дужнику“,⁶³⁵ ипак је остављена резерва да је таква чињенична ситуација могућа „када се ради о повезаним лицима“.⁶³⁶ Чак је и у крајњој оцени, по којој је начелно установљено да уговор о јемству представља теретан посао, потврђено да ће јемство „бити доброчино ако се у односу између јемца и дужника може утврдити намера дарежљивости (лат. *intentio liberalis*), када је јемство прихваћено као пријатељска услуга дужнику, код које јемац често олако држи да неће бити позван на плаћање“.⁶³⁷ Следствено наведеном, могуће је закључити да је заправо исправна тврдња да свако „...обезбеђење туђег дуга, без добијања противвредности...“⁶³⁸, дакле уз постојање „намере дарежљивости“, представља доброчину правну радњу. Могућност њеног побијања нарочито постаје актуелна у случају „дарежљивог“ обезбеђења кредитног дуга матичног друштва од стране зависних друштава.⁶³⁹

⁶³⁵ *Ibidem.*

⁶³⁶ *Ibidem.*

⁶³⁷ *Ibid.*, стр. 73.

⁶³⁸ В. Радовић (2013), стр. 80-81.

⁶³⁹ Овде је нужно указати да корен наведене правне проблематике заправо потиче из актуелне примене права. Спорност наведено питања проистекла је из учесталих судских спорова поводом побијања правних радњи зависних друштава - у стечају, путем којих су, на различите начине (уговорима о јемству, приступањем дугу, преузимањем дуга и сл.), обезбеђивали кредитна задужења матичног друштва. Вредност ових спорова изузетно је велика. Првобитно становиште Привредног апелационог суда у овим споровима, било је засновано на тврдњи да уговор о јемству у привреди може бити доброчин, па га је отуда могуће побијати као правну радњу без накнаде. (изнето у: *Билтен судске праксе привредних судова*, бр. 4/2014, Привредни апелациони суд, Београд, 2014, стр. 227-228.) Међутим, доцније је, у судским одлукама, првобитно заузети став значајно промењен (видети: Пресуда Привредног апелационог суда Пж. 2137/12 од 18. априла 2013. године; Пресуда Привредног апелационог суда Пж. 1769/14 од 27. јула 2015. године; Пресуда Привредног апелационог суда Пж. 7527/14 од 30. јуна 2016. године). Тако су у поменутиим одлукама суда одбијени као неосновани тужбени захтеви за побијање правних радњи зависних друштава, којима су обезбеђивана кредитна задужења матичног друштва, уз образложење да јемства дата од стране привредних субјеката не могу бити тумачена као радње без накнаде. Овакво образложење суда опредељено је чак и у ситуацијама када је било очигледно да зависно друштво „давањем обезбеђења“ или из саме вредности коју је матично друштво остварило кредитним задужењем, није остваривало никакву корист (нпр. сложеним економско-финансијским вештачењем целокупног пословног односа читавог система повезаних лица установљено је непостојање икакве користи зависног друштва од кредитног задужења матичног друштва; изостанак користи зависних друштава јасно произлази и из изјава чланова управног и извршног одбора, саслушаних у својству сведока, а који су били изричитии у тврдњи да, при одобравању средстава обезбеђења зарад кредита који је остварило матично друштво, руководиоци зависног друштва нису водили рачуна о интересима зависног друштва, већ су били приморани да искључиво поступају по налозима власника матичног друштва а који је истовремено био и контролни члан читавог система повезаних лица). Симптоматично је и да је након првобитно заузетог становишта Привредног апелационог суда (по којем је било оцењено да уговор о јемству у привреди може бити правни посао без накнаде), уследила читава кампања, превасходно од пословних банака, чије је ангажовање и разумљиво, с обзиром да оне најпре, а можда код нас и искључиво, брину о својим економским интересима. Међутим, оно што нарочито забрињава јесте да се овај утицај остварује бескомпромисно, кроз разне формалне и неформалне структуре. Отуда

Уз изнете радње без накнаде, предмет побијања могу бити и правне радње стечајног дужника којима се умањује вредност његове имовине у корист другог лица, а заузврат се добија само незнатна вредност. Овде знатне потешкоће ствара питање која је то вредност незнатна и на који начин је утврдити.⁶⁴⁰ Одговор на ова спорна питања даће једино суд, при чему ће у сваком конкретном случају „проценити све околности под којима је овакво располагање извршено и сагласно томе одлучити да ли конкретна радња располагања уз незнатну накнаду може бити предмет побијања“.⁶⁴¹ Притом, при свакој процени треба имати у виду да је реч о објективном стандарду, па су субјективне околности (лични ставови, мишљења, личне процене, евентуална заблуда дужника и трећег лица) правно ирелевантне.⁶⁴²

На крају, од начелног приступа да све правне радње могу бити предмет побијања, у стечајној регулативи предвиђен је изузетак. Тако се не могу побијати правне радње: предузете ради извршења усвојеног плана реорганизације; предузете након отварања стечајног поступка; радње предузете ради настављања послова предузетих после отварања стечајног поступка; правне радње предузете ради исплате по меницама или чековима, ако је друга страна морала примити исплату да не би изгубила право на регрес против осталих меничних односно чековних обвезника; правне радње које се сматрају уобичајеним, односно неуобичајеним намирењем, ако је стечајни дужник истовремено или у кратком времену пре или након предузете правне радње примио једнаку вредност у виду противнакнаде од повериоца или другог лица, за чији рачун је предузета правна радња; правне радње које представљају уобичајено или неуобичајено намирење поверилаца, односно којим се повериоци непосредно оштећују, ако су предузете пре подношења предлога за отварање стечајног поступка, или на основу оквирног

је посебно важна улога судова, у овом случају привредних, који никако не смеју поклекнути пред овим, све јачим и утицајнијим притисцима разних центара моћи, формалних и неформалних, већ да се њима морају одупрети, водећи се искључиво начелима правде и правичности.

⁶⁴⁰ United Nation Commission on International Trade Law (UNCITRAL), *Legislative Guide on Insolvency Law*, 2005, стр. 143.

⁶⁴¹ Д. Слијепчевић, С. Спасић, *op. cit.*, стр. 376.

⁶⁴² В. Радовић (2013), стр. 85.

уговора дефинисаног у оквиру стечајне регулативе, као и ако су предузете у складу са уобичајеном пословном праксом за извршавање уговора такве врсте.⁶⁴³

3. Начин и дејство побијања правних радњи стечајног дужника

Правне радње стечајног дужника могу побијати повериоци и стечајни управник, у име и за рачун стечајног дужника односно стечајне масе.⁶⁴⁴ Они то могу чинити тужбом или приговором и противтужбом у већ отпочетој парници.⁶⁴⁵ Тужба се подноси против лица према коме је предузета побијана правна радња, као и против стечајног дужника, уколико он није тужилац.⁶⁴⁶ Подношење тужбе за повериоце представља правно овлашћење, док на страни стечајног управника постоји обавеза њеног подношења увек када оцени испуњеност услова за побијање правних радњи стечајног дужника. За подношење побојне тужбе стечајном управнику није нужна сагласност одбора поверилаца.⁶⁴⁷ Циљ подношења тужбе није усмерен ка спровођењу санкције према пасивно легитимисаним лицима, већ да се користи остварене путем побијане правне радње врате у стечајну масу. Због тога се тужбени захтев опредељује тако што се у једном делу захтева декларација да је нападнути посао без правног дејства према стечајној маси, док се у другом делу захтева да се противник побијања обавезе да у стечајну масу врати сву имовинску корист коју је стекао на основу побијеног правног посла.⁶⁴⁸ Уколико имовинска корист у време побијања још увек није изашла из стечајне масе на основу побијане правне радње, биће довољно определити декларативну тужбу којом би се само одузео учинак побијаној правној радњи.⁶⁴⁹

Из наведеног произлази да се дејство побијања састоји у томе да уколико побојни захтев буде правноснажно усвојен, побијена правна радња неће имати дејство према стечајној маси стечајног дужника. То значи да побијена правна

⁶⁴³ Закон о стечају, чл. 126.

⁶⁴⁴ Закон о стечају, чл. 129 ст. 1.

⁶⁴⁵ Закон о стечају, чл. 128.

⁶⁴⁶ Г. Илић-Попов, Н. Јовановић, Ј. Јовановић (ур.), стр. 264.

⁶⁴⁷ Закон о стечају, чл. 129 ст. 1.

⁶⁴⁸ Ф. Цимерман, Ј. Обућина, И. Миловановић, *op. cit.*, стр. 37.

⁶⁴⁹ Т. Делибашић, *op. cit.*, стр. 234-235.

радња остаје пуноважна према трећим лицима, али једино према стечајној маси, односно повериоцима стечајног дужника, неће производити правно дејство. Противник побијања ће тада бити у обавези да у стечајну масу дужника врати сву имовинску корист коју је на основу побијене правне радње стекао.⁶⁵⁰ Уколико је ствар коју је противник побијања стекао на основу предузете побојне правне радње пропала, не постоји сметња да се побојном тужбом тражи враћање адекватне новчане противвредности.⁶⁵¹

Након што противник побијања врати имовинску корист стечену побијеном правном радњом у стечајну масу стечајног дужника, има право да остварује своје противпотраживање као стечајни поверилац, подношењем накнадне пријаве потраживања.⁶⁵² Овде се јавља дилема поводом рока до ког се ова накнадна пријава може поднети. Некако у примени права доминира становиште да се ова накнадна пријава може најдоцније поднети до доношења решења за главну деобу.⁶⁵³ Такво решење неће изазивати дилеме у случају да парница поводом побијања правних радњи буде окончана пре поменутог момента. Међутим, може се десити да се парница поводом побијања правних радњи може окончати и након овог момента. У том случају наведено решење није прихватљиво. Можда је прикладније решење којим би стечајни управник, приликом састављања нацрта за главну деобу, узео у обзир евентуална средства која могу припасти противнику побијања у случају да накнадно пријави потраживање по извршеном враћању имовинске користи стечене побијеном правном радњом, и иста резервише сразмерно планираном проценту намирења других стечајних поверилаца истоветног исплатног реда. На тај начин би противнику побијања било омогућено да и у периоду након деобе стечајне масе поднесе накнадну пријаву потраживања и оствари наплату свог потраживања као стечајни поверилац, а с друге стране би стечајни поступак могао бити окончан и пре окончања парнице за побијање правних радњи.

⁶⁵⁰ Закон о стечају, чл. 131.

⁶⁵¹ Ф. Цимерман, Ј. Обућина, И. Миловановић, *op. cit.*, стр. 158-159.

⁶⁵² Закон о стечају, чл. 130 ст. 2.

⁶⁵³ М. Живковић (2016), стр. 488.

4. Поређење стечајног пробијања са стечајним побијањем правних радњи

С обзиром да су норме о побијању правних радњи стечајног дужника саставни део стечајне регулативе готово свих савремених правних система, може се јавити дилема да ли је постојање института пробијања правне личности у оквиру стечајног поступка уопште потребно. Отклањање сумње у потребу за увођењем института пробијања у оквиру стечајне регулативе могућно је једино поређењем овог института са основним одликама побијања правних радњи стечајног дужника. Након њиховог паралелног посматрања испоставља се да су у питању потпуно одвојени правни институти, са очигледним специфичностима у појмовном и садржинском смислу, суштини њиховог постојања и ефектима који се њиховом применом остварују.

Полазећи од појмовних посебности очевидно је да је институт побијања својим деловањем превасходно усмерен на „дужникове“ правне радње.⁶⁵⁴ Насупрот томе, институт стечајног пробијања тежи утврђивању индивидуалне одговорности „члана“ стечајног дужника. Из овога, дакле, произлази да субјект одговорности код пробијања правне личности стечајног дужника мора искључиво бити његов „члан“. С друге стране, код побијања правних радњи стечајног дужника, члан ће бити пасивно легитимисан само уколико је био сауговорач стечајног дужника поводом правне радње која се побија.

Кључна одвојеност поменутих правних института огледа се у суштини њиховог постојања. Основни циљ побијања правних радњи није усмерен ка спровођењу санкције према лицима која су оштетила повериоце стечајног дужника. Суштина побијања правних радњи огледа се у тежњи да се одређена имовинска корист, остварена побијањем радњом, након успешног побијања врати у стечајну масу. Супротно томе, основна сврха стечајног пробијања усмерена је ка претњи члановима привредног друштва да ће, због учињене злоупотребе правила о ограниченој одговорности, бити обавезни да из своје личне имовине измире потраживања повериоцима друштва. Дакле, након успешног пробијања правне личности не враћа се у стечајну масу имовинска корист коју је евентуално члан друштва стекао злоупотребом правила о ограниченој одговорности, већ се ствара

⁶⁵⁴ О. Госпавић, *op. cit.*, стр. 50.

обавеза члана да целокупном својом имовином одговара за обавезе стечајног дужника према његовим повериоцима. То значи да, уместо обавезе враћања стеченог која наступа након побијене правне радње, код стечајног пробијања правне личности се тежи наплати потраживања поверилаца друштва.

За разлику од института побијања правних радњи, институт пробијања правне личности има првенствено репресивни ефекат на учиниоце злоупотребе правила о ограниченој одговорности, а тек након тога и значајан превентивни утицај. Њиме се одвраћају будући учиниоци од покушаја злоупотребе правила о ограниченој одговорности. Супротно томе, код побијања правних радњи репресивни ефекат је готово занемарљив. Надаље, поменути институти испољавају своје различитости и по условима чије је испуњење нужно за њихову примену. Стечајно пробијање правне личности услеђује након препознавања свих видова злоупотребе правила о ограниченој одговорности члана за обавезе друштва, као и чињенице да имовина стечајног дужника није довољна за подмиривање обавеза према свим повериоцима. С друге стране, до побијања правних радњи долази по испуњењу општих и посебних побојних услова. Нарочита специфичност услова побијања правних радњи огледа се у томе да је већина њих праћена субјективним елементима. То је очигледно присутно код посебних услова уобичајеног намирења, непосредног оштећења поверилаца и намерног оштећења. Да би побијање правних радњи у овим случајевима било могућно, нужно је постојање извесног степена несавесности сауговорача стечајног дужника. Овај вид несавесности огледа се у потреби сазнања или претпостављеног сазнања сауговорача стечајног дужника о његовим лошим финансијским приликама, постојаним у време предузимања побијане правне радње. Посебно је специфично да позивање на намеру оштећења поверилаца у поступку побијања захтева доказивање намере оштећења поверилаца од стране стечајног дужника, као и знања или претпостављеног знања његовог сауговорача за ову намеру. Сви описани субјективни елементи очевидно у примени права отежавају поступак доказивања испуњености поменутих посебних услова за побијање. Чак ни потпуно објективизирани елементи побијања, попут неубичајеног намирења или располагања без накнаде, односно уз незнатну накнаду, не могу надокнадити снагу дејства института стечајног пробијања.

Изузетно сложен и широк спектар злоупотреба правила о ограниченој одговорности члана за обавезе друштва засигурно не може бити обухваћен само овим објективним посебним условима побијања. Разлика међу поменутиим правним установама постоји и по питању ефеката које остварују у односу на стечајну масу. Без обзира што оба правна института у крајњем имају позитиван утицај на стечајну масу, дејство одлуке о побијању се битно разликује од дејства одлуке о стечајном пробијању правне личности. По доношењу одлуке о утврђивању да је одређена правна радња без дејства према стечајној маси, противник побијања ће бити у обавези да једино врати стечено из побијене правне радње. С друге стране, одлука о стечајном пробијању производи другачије правно дејство. Члан друштва се по основу одлуке о пробијању не обавезује да врати стечену корист насталу вршењем злоупотребе правила о ограниченој одговорности. Његова обавеза у потпуности је независна од проузроковане штете друштву и њеним повериоцима, већ је искључиво усмерена ка наплати потраживања поверилаца стечајног дужника.

5. Разлози оправданости постојања оба правна института у стечају

Побројане различитости или, боље речено, посебности института стечајног пробијања и побијања правних радњи у стечајном поступку, ипак, не умањују потребу њиховог истовременог постојања у оквирима стечајне регулативе. Напротив. Савремени услови пословања су праћени све креативнијим облицима и начинима злоупотребе права. Отуда је изражена потреба за ширењем инструмената усмерених на сузбијање ових облика неправда и одвраћање потенцијалних учинилаца од будућих покушаја њиховог вршења. Уз узимање у обзир да у моменту када друштву прети стечај, власници друштва бивају мотивисанији да на различите начине умање имовину привредног друштва и тиме изиграју његове повериоце, постаје јасно да у стечајном поступку институт пробијања има значајну улогу. Оваквом закључку нарочито доприноси чињеница да у стечајном поступку, с обзиром на доступност пословне документације, утврђење злоупотребе права, па самим тим и концепта ограничене одговорности,

бива извесније. Управо на овим темељима изграђена је и идеја о увођењу института пробијања у оквире стечајне регулативе.

То, међутим, нимало не потири допринос института побијања учињен у правној заштити интереса поверилаца и обезбеђењу њиховог равноправног намирења. Традиција постојања установе побијања правних радњи довољно говори о његовој добронамерности и сврсисходности по интересе поверилаца стечајног дужника, а потом и по интересе читавог државно-правног поретка. Увођењем института пробијања у стечајну регулативу не умањује се ни значај установе побијања правних радњи на спречавање будућих покушаја оштећења поверилаца стечајног дужника и бесплатног располагања његовом имовином.

Следом изнетог, у односу на традиционални институт стечајног побијања, пробијање правне личности може бити посматрано као вид правне надградње, усмерен ка спречавању све сложенијих облика и начина злоупотребе права. Тако, сврха постојања института стечајног пробијања и установе побијања правних послова и правне радње, као и циљеви којима су подређени, говоре да се ови правни институти међусобно надовезују. Финим усклађивањем у стечајном поступку, а потом и правилним разумевањем њихове сврхе у привредноправном животу, могу бити створени темељи заједничког постојања оба института у оквирима стечајне регулативе. Таквим приступом би се омогућило да ови правни институти складно функционишу, међусобно се допуњују и удружено воде ка повољнијем намирењу поверилаца стечајног дужника.

ГЛАВА IX

ПРОБИЈАЊЕ ПРАВНЕ ЛИЧНОСТИ У РЕОРГАНИЗАЦИЈИ

1. Појам и основне одлике реорганизације стечајног дужника

И након више од деценије постојања у стечајној регулативи Србије,⁶⁵⁵ реорганизација стечајног дужника праћена је бројним недоумицама, не само у судској пракси, већ и у правној теорији. Ове правне дилеме изазване су због сложености правне грађе овог правног института и „збиља присутне недоречености закона о појединим питањима његовог правног дејства“.⁶⁵⁶

Ради потпунијег разумевања ове правне установе нужно је кренути од њеног појма. У стечајној регулативи он није јасно дефинисан. Речено је једино шта се под реорганизацијом „подразумева“ и када се она спроводи. Тако се под реорганизацијом подразумева намирење поверилаца према усвојеном плану реорганизације и то редефинисањем дужничко-поверилачких односа, статусним променама дужника или на други начин који је предвиђен планом реорганизације.⁶⁵⁷ Она се спроводи ако се тиме обезбеђује повољније намирење поверилаца у односу на банкротство, а посебно ако постоје економско оправдани услови за наставак дужниковог пословања.⁶⁵⁸

На основу описаних законских смерница могуће је закључити да се реорганизација стечајног дужника дефинише као укупност мера које се предузимају према инсолвентном дужнику, на основу усвојеног и потврђеног плана реорганизације, ради повољнијег намирења тражбина поверилаца него у поступку банкротства.⁶⁵⁹ Дакле, основни циљ реорганизације представља повољније намирење од платежно неспособног дужника, у односу на намирење

⁶⁵⁵ Реорганизација стечајног дужника у правни систем Србије уведена је Законом о стечајном поступку (*Сл. гласник РС*, бр. 84/04 и 85/05), чл. 127-144.

⁶⁵⁶ М. Радовић, „Правни положај поверилаца услед непоступања по усвојеном плану реорганизације“, *Право и привреда*, бр. 10-12/2013а, стр. 103.

⁶⁵⁷ Закон о стечају, чл. 1 ст. 4.

⁶⁵⁸ Закон о стечају, чл. 155 ст. 1. Сличан приступ доминира и у упоредном праву, видети: N. L. Georgakopoulos, „Bankruptcy Law for Productivity“, стр. 13-14, доступно на: <http://ssrn.com/abstract=260208> (сајт посећен 23. септембра 2016. године).

⁶⁵⁹ Слично: Н. Јовановић, „Предрасуде о стечајној реорганизацији у Србији“, *Зборник радова са III Конференције одбора приступајућих земаља INSOL Europe*, Агенција за лиценцирање стечајних управника, Београд, 2007, стр. 56.

које би уследило уновчењем имовине у поступку банкротства.⁶⁶⁰ Економски опоравак дужника представља само један од начина за остварење овог циља, али коме свакако треба тежити.⁶⁶¹

Спровођење реорганизације стечајног дужника условљено је постојањем писаног плана реорганизације.⁶⁶² То је законом прописана форма плана реорганизације, „којом се условљава и правна ваљаност тог акта“.⁶⁶³ Његово постојање и уредност представља процесну претпоставку за покретање поступка реорганизације. Иначе, поступак реорганизације може отпочети пре или након покретања стечајног поступка и наступања његових правних последица. То значи да је реорганизација спроводива и у „предстечајном поступку“,⁶⁶⁴ односно у току трајања претходног стечајног поступка, све до доношења решења о отварању стечајног поступка.⁶⁶⁵ Ова могућност остварује се подношењем унапред припремљеног плана реорганизације истовремено са предлогом за покретање стечајног поступка, чиме се предупређује наступање правних последица стечаја.

Независно од тога да ли је реорганизација предложена унапред припремљеним планом или је то учињено у току стечајног поступка, она је спроводива само уколико подношењу плана претходи постојање стечајног разлога. Једино се у том случају чини реалном опасност од наступања последица

⁶⁶⁰ По питању основног циља реорганизације, у правној теорији је могуће пронаћи и другачија схватања. Приметна су мишљења да се, при разматрању циљева стечајне реорганизације, у први план истичу опстанак привредног друштва и његов економски опоравак. Такав приступ одлика је француског стечајног права. Међутим, наш правни систем ближи је америчком тумачењу циљности реорганизације. Последица овог тумачења јесте да се реорганизацијом стечајног дужника првенствено штите повериоци, обезбеђивањем њиховог повољнијег намирења, а тек доцније интереси дужника.

⁶⁶¹ Економски опоравак дужника у пуном обиму омогућује се путем тзв. санационог плана реорганизације. Стечајно право, међутим, познаје и тзв. ликвидациони план, као и преносни план. Главна одлика ликвидационог плана реорганизације јесте да се путем „ликвидације“ стечајног дужника оствари повољније намирење поверилаца у односу на поступак банкротства. Његова предност у односу на банкротство огледа се у томе што он твори могућност одступања од законских правила о начину и времену намирења стечајне масе. Преносним планом се настоји да се власништво над капиталом дотадашњих власника друштва пренесе трећим лицима, након чега привредно друштво економски опстаје али се мења власништво над капиталом. О врстама планова реорганизације више у: Г. Илић-Попов, Н. Јовановић, Ј. Јовановић (2005), стр. 333.

⁶⁶² Закон о стечају, чл. 155 ст. 2.

⁶⁶³ Д. Слијепчевић, *Коментар Закона о стечају*, Београд, 2016, стр. 479.

⁶⁶⁴ В. Серјевић, „Коментар неких одредби Закона о стечајном поступку у контексту међународних извора стечајног права“, *Билтен судске праксе трговинских судова*, бр. 4/2007, Београд, стр. 244.

⁶⁶⁵ *Радни материјал са XXIV саветовања судија привредних судова*, (део: питања и одговори – стечајни поступак, питање бр. 60), Привредни апелациони суд, Београд, 2016, стр. 265; Д. Слијепчевић (2016), стр. 499.

стечаја, чије наступање доводи у питање потпуно намирење потраживања поверилаца стечајног дужника. Отуда се у ситуацији, када стечајни дужник није способан да уредно испуњава своје обавезе, повериоци поспешују да „компромисним решењем“ установе мере реорганизације које ће омогућити боље задовољење њихових интереса, него код банкротства.⁶⁶⁶ Мере реорганизације се могу предвидети по слободном избору, независно од оних које су изричито побројане у закону.⁶⁶⁷

План реорганизације може бити поднет само од овлашћених предлагача. Овлашћено лице за подношење унапред припремљеног плана реорганизације је стечајни дужник.⁶⁶⁸ Због омогућавања да субјекти приватизације буду реформисани у поступку реорганизације по унапред припремљеном плану, својство предлагача може имати и организација која је посебним законом одређена да обавља послове стечајног управника у поступку стечаја са већинским друштвеним или јавним капиталом.⁶⁶⁹ Дакле, из наведеног произлази да подношење унапред припремљеног плана реорганизације зависи преваходно од воље контролних чланова стечајног дужника. Уколико се они одреде за овај вид превазилажења финансијске кризе, дозвољава им се да предложе повериоцима адекватне мере којим ће се очувати правни субјективитет привредног друштва, а истовремено и задовољити пословни и економски интереси поверилаца.⁶⁷⁰ С друге стране, план реорганизације, у току стечајног поступка, могу поднети стечајни дужник,⁶⁷¹ стечајни управник, разлучни повериоци који имају најмање 30% обезбеђених потраживања у односу на укупна потраживања према стечајном дужнику, стечајни повериоци који имају најмање 30% необезбеђених потраживања у односу на укупна потраживања према стечајном дужнику, као и

⁶⁶⁶ Д. Слијепчевић, „Непоступање по усвојеном плану реорганизације“, *Билтен судске праксе привредних судова Републике Србије*, бр. 3/2010, стр. 285; Д. Манолева-Митровска, „Фази во реорганизацијата на стечајниот должник во правото на Република Македонија“, *Зборник Правног факултета у Загребу*, бр. 2/2011, стр. 851.

⁶⁶⁷ Наведена оцена заснована је на тумачењу одредбе чл. 157 ст. 1 тач. 19 Закона о стечају, којим је дозвољено предвиђање и других мера, од законом изричито предложених, а које могу бити од значаја за реализацију плана реорганизације.

⁶⁶⁸ Закон о стечају, чл. 158 ст. 3.

⁶⁶⁹ Закон о стечају, чл. 158 ст. 1.

⁶⁷⁰ Слично: Д. Слијепчевић (2016), стр. 496.

⁶⁷¹ Према Нацрту Закона о изменама и допунама Закона о стечају из октобра 2016. године, сходно чл. 43, планирано је да стечајни дужник не може бити подносилац плана реорганизације у току стечајног поступка.

лица која су власници најмање 30% капитала стечајног дужника.⁶⁷² Из наведеног законског приступа нарочито је специфично да, поред поверилаца, овлашћени предлагачи могу бити посебно стечајни управник, власници капитала стечајног дужника са прописаним учешћем у капиталу, као и сам стечајни дужник. Описани приступ упућује на контроверзно решење, да за стечајног дужника план реорганизације може поднети „бивши статутарни заступник“, коме је након наступања последица отварања стечајног поступка престала функција по сили закона.⁶⁷³ Рок за подношење плана законом је одређен као преклузиван.⁶⁷⁴

Могућност реализовања одређених мера реорганизације у предложеном плану, поднетом од стране овлашћених предлагача, зависна је од воље поверилаца. Оне једино могу бити примењене уколико их изгласају повериоци, чија су потраживања сврстана у различите класе. У коју ће класу потраживање бити сврстано зависи од врсте самог потраживања. Међутим, и потраживања исте врсте могу бити разврстана у посебне класе. Тако се у оквиру једне класе сврставају само „суштински слична потраживања“ исте врсте.⁶⁷⁵ Да би план реорганизације могао бити усвојен, мора бити изгласан прописаном већином у свакој класи поверилаца.⁶⁷⁶ Уколико то буде био случај, суд решењем потврђује усвајање плана реорганизације. У супротном, констатује се да план није усвојен.⁶⁷⁷ По правноснажности решења о потврђивању усвајања плана реорганизације стечајни поступак се обуставља.⁶⁷⁸

Усвојени план реорганизације чини основ даљег регулисања односа учесника поступка реорганизације стечајног дужника. Уколико план реорганизације буде до краја извршен, престају потраживања поверилаца утврђена планом.⁶⁷⁹ Међутим, може се десити да стечајни дужник не поступа по

⁶⁷² Закон о стечају, чл. 161 ст. 1

⁶⁷³ Овакав приступ прихваћен је у судској пракси. Видети: *Радни материјал са XXIV саветовања судија привредних судова*, (питања и одговори – стечајни поступак, питање бр. 52), стр. 256-257. Међутим, о овом приступу, макар у теорији, вреди расправљати.

⁶⁷⁴ Закон о стечају, чл. 162.

⁶⁷⁵ Више о формирању класа поверилаца: В. Радовић, „Класификовање потраживања у поступку реорганизације“, *Зборник радова „Хармонизација стечајног права и нови Закон о стечајном поступку“*, Правни факултет Универзитета у Нишу, 2005, стр. 235.

⁶⁷⁶ Закон о стечају, чл. 165.

⁶⁷⁷ Закон о стечају, чл. 166.

⁶⁷⁸ Закон о стечају, чл. 166 ст. 2.

⁶⁷⁹ М. Радовић (2013а), стр. 104-105.

усвојеном плану реорганизације или поступа супротно плану, чиме угрожава његово спровођење. Тада долази до наступања новог стечајног разлога, који омогућава повериоцима обухваћеним планом реорганизације, као и повериоцима чија су потраживања настала пре усвајања плана а нису обухваћена планом, да поднесу предлог за покретање новог стечајног поступка.⁶⁸⁰ Након отварања стечајног поступка услед непоступања по усвојеном плану реорганизације може се поднети нови план реорганизације. Но, подношење предлога за покретање новог стечајног поступка може уследити и у случају када се испостави да је план реорганизације издејствован на преваран или незаконит начин.⁶⁸¹ За разлику од претходног случаја, уколико стечајни поступак буде отворен због издејствовања плана на преваран или незаконит начин, стечајни поступак се спроводи искључиво банкротством стечајног дужника.⁶⁸²

2. Правна природа усвојеног плана реорганизације

Усвојеним и одлуком суда потврђеним планом реорганизације могу се изменити обим, начин, редослед намирења поверилаца у стечајном поступку. Чак је могуће извршити и статусне промене стечајног дужника. Међутим, свака предузета мера мора бити усмерена ка стварању бољих услова намирења поверилаца. У том смислу план реорганизације представља израз сагласности воља већинских поверилаца.⁶⁸³ Но, посебност усвојеног плана реорганизације огледа се „у принудном протезању његовог правног дејства и на мањинске повериоце, који су гласали против његовог усвајања, или се о његовом прихватању нису изјашњавали“.⁶⁸⁴ Принудни карактер плана осетан је донекле и

⁶⁸⁰ Закон о стечају, чл. 173 ст. 1 тач. 2.

⁶⁸¹ Закон о стечају, чл. 173 ст. 1 тач. 1.

⁶⁸² Закон о стечају, чл. 173 ст. 4.

⁶⁸³ Како се у нашем стечајном праву не тражи дужникова сагласност као услов пуноважности плана реорганизације, то није могуће засигурно истицати да се реорганизација заснива на уговору између већинских поверилаца и стечајног дужника (попут: Д. Слијепчевић (2016), стр. 547.) Може се рећи да је воља стечајног дужника присутна само у случају када се он појави у улози подносиоца плана, мада и у том случају право да решавају о судбини плана припада искључиво квалификованој већини поверилаца. Притом, ни суд не узима учешће у закључењу овог уговора. Надлежност суда своди се на оцену формалноправне исправности плана, а не и на мериторно сагледавање да ли се изгласаним планом у најбољој мери штите интереси поверилаца. О томе: Н. Јовановић (2010), стр. 55.

⁶⁸⁴ М. Радовић (2013а), стр. 106.

код поверилаца који су гласали за његово усвајање, јер и овим повериоцима је слобода воље у одређеној мери сужена, имајући у виду положај стечајног дужника и његову платежну неспособност.⁶⁸⁵

Следствено законском наређењу, усвојени и решењем стечајног судије потврђени план реорганизације има снагу извршне исправе и сматра се новим уговором за измирење потраживања која су у њему наведена.⁶⁸⁶ Логика закона јесте да се, по правноснажности решења о потврђивању усвајања плана реорганизације, потраживања и права свих поверилаца, као и обавезе стечајног дужника одређене планом, уређују искључиво према условима из плана реорганизације. Због овако установљених последица потврђивања плана реорганизације, у правној литератури су приметна различита тумачења његове правне природе. Један број правних писаца стоји на становишту да је реч о уговору. Други тумаче да је у питању судска одлука. Трећи приступ прихвата теорију норме,⁶⁸⁷ док по четвртом, мешовитом схватању, план реорганизације има природу „судски одобреног уговора“,⁶⁸⁸ или, како поједини правници истичу, „судски закљученог уговора“.⁶⁸⁹

Доношењу ваљаног закључка о правној природи плана реорганизације свакако претходи обавеза детаљне анализе изложених теоријских приступа. Отуда, независно од законског одређења да је усвојени план реорганизације извршна исправа која се има сматрати новим уговором за намирење потраживања у њему наведених, дозвољено је, макар у теорији, размотрити питање да ли уопште план реорганизације има правну природу уговора. Да ли се правни акт произашао вољом квалификоване већине поверилаца, а којим се принудно намећу права или обавезе оним повериоцима који су се том акту успротивили или се о њему нису изјаснили, може уопште уподобити уговору, као основном извору облигационог права. У тежњи ка отклањању ове дилеме ваља поћи од појма уговора, по коме се он сматра разменом сагласних изјава воље између два или више лица, путем које се заснива, мења или укида одређени правни, односно

⁶⁸⁵ М. Васиљевић (2011), стр. 557.

⁶⁸⁶ Закон о стечају, чл. 167 ст. 1.

⁶⁸⁷ И. Годоровић, *Спровођење стечаја путем реорганизације*, Београд, 2016, стр. 25.

⁶⁸⁸ М. Васиљевић (2011), стр. 557.

⁶⁸⁹ Н. Јовановић (2010), стр. 56.

облигациони однос.⁶⁹⁰ Од уговора је, међутим, нужно разликовати тзв. „закључке више лица“.⁶⁹¹ Тзв. „закључци више лица“, такође, попут уговора, захтевају сагласност воља више лица. Но, насупрот уговорима, код њих није потребно постојање сагласности свих учесника, већ сагласност већине.⁶⁹² У случајевима и под условима које закон прописује, они производе извесно правно дејство. Тако тзв. „закључак више лица“ везује све чланове колективног тела, чак и оне који су гласали против њега и нису ни учествовали у његовом доношењу. С друге стране, уговор захтева сагласност и учешће свих лица која су уговорне стране. Просто речено, код закључка доминира принцип већине, док код уговора важи принцип сагласности воља свих учесника. У унутрашњем односу, тзв. „закључак више лица“ има обележја вишестраног посла, док изјава воље, учињена по основу овог закључка трећем лицу, представља једнострану правну посао.

Уколико се основне одлике плана реорганизације доведу у везу са описаним појмом уговора с једне, или се упореде са тзв. закључцима више лица с друге стране, постаје очигледно да правна природа плана реорганизације одудара од природе уговора. Још уколико се укаже и да гласовима квалификоване већине поверилаца при усвајању плана, повериоци који су остали у мањини могу довести у неповољнији положај у односу на стање у коме би се нашли да је стечај окончан банкротством,⁶⁹³ теорија уговорне природе плана реорганизације се озбиљно нарушава. У складу са изнетим, треба прихватити чињеницу да план реорганизације твори права и обавезе његових учесника,⁶⁹⁴ уређене аутономијом

⁶⁹⁰ Ј. Радишић (2004), стр. 70; Слично: С. Перовић (1995), стр. 61.

⁶⁹¹ *Ibid.*, стр. 71. Он под тзв. закључцима више лица подразумева нпр. закључке одређених колективних тела: скупштина, управних или извршних одбора, зборовна, савета, удружења, конгреса и сл.

⁶⁹² *Ibidem.*

⁶⁹³ Д. Слијепчевић, „Заштита мањинских поверилаца у поступку реорганизације“, *Правни информатор*, бр. 10/2009, стр. 4; О својеврсном тзв. „стечајном *gerrymandering*-у“, видети: В. Радовић (2005), стр. 233.

⁶⁹⁴ У правној литератури се критички приступа ставу, у судској пракси често присутном, да усвојени и судском одлуком потврђени план реорганизације, по својој природи, представља једнострано обавезујући уговор. Иако се по слову стечајног закона прописује да се, по усвајању плана реорганизације, сва потраживања и права поверилаца и других лица и обавезе стечајног дужника одређене планом уређују искључиво према условима из плана, не може се из оваквог законског одређења извести закључак да усвојени план реорганизације дефинише на страни поверилаца само права, а на страни стечајног дужника само обавезе. Сложеност правне природе плана реорганизације не дозвољава прихватање оваквог становишта. За оповргавање посматрања плана реорганизације као једнострано обавезујућег уговора, довољно је рећи да се усвојеним планом реорганизације намећу обавезе стечајном управнику и другим ангажованим лицима у

воље „квалификоване већине поверилаца“.⁶⁹⁵ Но, извор тих права и обавеза не представља уговор, већ посебан правни акт својствен искључиво стечајном праву, какав је усвојени и потврђени план реорганизације. Његов поступак усвајања,⁶⁹⁶ неопходност потврђивања од стране стечајног судије,⁶⁹⁷ дејство и према повериоцима који су се њему противили или били уздржани, па и регулисање правних последица непоступања по усвојеном плану реорганизације, знатно га удаљавају од уговорне правне природе.⁶⁹⁸

Озбиљне замерке се могу приписати и покушају да се план реорганизације објасни теоријом судске одлуке. Истина је да усвојени план реорганизације поседује одређене одлике судске одлуке, с обзиром да се њиме преображавају односи између стечајног дужника и његових повериоца и да исти има снагу извршне исправе. Међутим, уколико се по усвојеном плану не поступа по изгласаним условима, исти се неће даље примењивати, већ ће представљати нови стечајни разлог, довољан за отварање новог стечајног поступка. Таква одлика плана свакако није складна природи других правноснажних судских одлука, јер се не може са апсолутном сигурношћу рећи да се планом реорганизације дефинитивно решава спорност материјалноправног односа између стечајног дужника и његових поверилаца.⁶⁹⁹

Није потпуно прихватљива ни тврдња да „план реорганизације има карактер норме, која је настала приватном аутономијом воље у домену законских оквира“.⁷⁰⁰ Питање апстрактности ове норме увелико је дискутабилно. Специфичност усвојеног плана реорганизације огледа се и у његовом правном дејству, које се свакако разликује од општег дејства правне норме. Наиме, усвајени план реорганизације производи одређена материјалноправна и

поступку реализације усвојених мера, па и самим повериоцима. Све то свакако зависи од врста мера предвиђених планом. Планом реорганизације, такође, повериоци могу бити обавезани на одрицање од дела својих потраживања. Просто речено, правна природа плана реорганизације знатно је сложенија.

⁶⁹⁵ Д. Слијепчевић, „Реорганизација стечајног дужника“, *Правни информатор*, бр. 4/2006, стр. 21.

⁶⁹⁶ Закон о стечају, чл. 165.

⁶⁹⁷ Закон о стечају, чл. 166 ст. 1.

⁶⁹⁸ М. Радовић (2013а), стр. 107-108.

⁶⁹⁹ Слично: И. Тодоровић, *op. cit.*, стр. 23.

⁷⁰⁰ И. Тодоровић, *op. cit.*, стр. 25.; упућује на: Р. М. Bauer, *Der Insolvenzplan – Untersuchungen zur Rechtsnatur anhand der geschichtlichen Entwicklung*, Augsburg, 2009, стр. 22.

процесноправна дејства.⁷⁰¹ Материјалноправна дејства усвојеног плана реорганизације зависна су од сложености његове садржинске грађе, односно мера предвиђених планом. Усвојени и одлуком суда потврђени план реорганизације остварује утицај како према необезбеђеним, тако и обезбеђеним повериоцима. Сва своја права према стечајном дужнику повериоци остварују искључиво према условима из плана реорганизације. Но, усвојени план реорганизације није од утицаја на потраживања поверилаца према јемцима, солидарним дужницима стечајног дужника и регресним обвезницима.⁷⁰² То значи да повериоци стечајног дужника од ових лица могу у целости наплатити своја потраживања.⁷⁰³ С друге стране, његова процесноправна дејства произлазе из законског наређења да је усвојени план реорганизације извршна исправа. Тиме се ствара правна могућност да услед непоштовања услова прописаних планом, повериоци из плана реорганизације могу захтевати намирење потраживања из плана у поступку извршења. Међутим, оно што план реорганизације удаљава од теорије правне норме, јесте свакако чињеница да је, након његовог усвајања, у одређеним ситуацијама план могуће мењати. С обзиром на све изнете разлоге, могуће је засигурно закључити да се план реорганизације, по својим одликама, битно удаљава од теорије правне норме.

Посебност плана реорганизације уочава се и код чињенице да усвојени план реорганизације не производи правно дејство само међу учесницима обухваћеним планом (тзв. дејство *inter partes*), већ он производи одређене правне последице и у односу на трећа лица. То је изричито и предвиђено стечајном нормом да се права и обавезе између стечајног дужника и других лица, не само поверилаца, уређују искључиво према условима из усвојеног плана.⁷⁰⁴ Притом, треба имати у виду да дејство плана према трећим лицима не доводи у сумњу облигационоправну природу самог плана, јер у теорији права, додуше као

⁷⁰¹ Д. Слијепчевић, С. Спасић, *op. cit.*, стр. 472.

⁷⁰² У складу са одредбом чл. 1007 ст. 2 ЗОО, прописано је да смањење обавезе главног дужника у стечајном поступку или у поступку принудног поравнања не повлачи за собом и одговарајуће смањење обавезе јемца, те јемац одговара повериоцу за цео износ своје обавезе.

⁷⁰³ Решење Привредног апелационог суда Пвж. 9298/2010 од 02.06.2010. године.

⁷⁰⁴ Закон о стечају, чл. 167 ст. 1.

изузетак, познате су и облигације које немају искључиво релативно правно дејство.⁷⁰⁵

На основу изнетог, у покушају да се изнађе одговор на питање правне природе усвојеног плана реорганизације, можда би најприкладније било приклонити се ставу да усвојени план реорганизације представља сложени правни акт својствен стечајном праву.⁷⁰⁶ Као такав, он представља израз сагласности воље квалификованих поверилаца, постигнуте у циљу њиховог повољнијег намирења у односу на поступак банкротства, а чија се правна дејства принудно протежу и на повериоце који су гласали против његовог усвајања или се о његовом прихватању нису изјашњавали.⁷⁰⁷ Због његове сложености, како по питању усвајања тако и по питању правног дејства, најприкладније је закључити да план реорганизације има специфичну правну природу *sui generis*.

3. Пробијање правне личности у поступку реорганизације

Изложена специфичност правне природе плана реорганизације, било унапред припремљеног или усвојеног у току стечајног поступка, као и сложеност његовог правног дејства, изазивају бројне дилеме при разматрању дозвољености пробијања правне личности у овом поступку и начину на који је то могуће учинити. Ово се питање нарочито актуелизује у ситуацији када се као предлагачи плана појављују стечајни дужник или непосредно власници са квалификованом већином у капиталу стечајног дужника. Зарад детаљније анализе злоупотребе правила о ограниченој одговорности у поступку реорганизације, нужно је разликовати две ситуације. Прва би се односила на пробијање услед подношења унапред припремљеног плана реорганизације, а друга на злоупотребу правила о ограниченој одговорности по плану усвојеном током стечајног поступка.

⁷⁰⁵ О апсолутном дејству облигација, као изузетку од њиховог дејства *inter partes*: О. Антић, „Облигација: Правна природа, садржина и закон корелације“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1/2007, стр. 24-25.

⁷⁰⁶ М. Радовић (2013а), стр. 109-111.

⁷⁰⁷ С обзиром да с једне стране план реорганизације представља израз сагласности воље квалификоване већине поверилаца, а с друге стране се његова правна дејства принудно протежу и на повериоце који су се плану супротставили или били уздржани, даје овом правном институту карактер *contradictio in adjecto*, чинећи га различитим од других сличних правних института. О томе: М. Велимировић (2004), стр. 187; Д. Слијепчевић, С. Спасић, *op. cit.*, стр. 472.

Спровођење реорганизације по унапред припремљеном плану могуће је искључиво по предлогу стечајног дужника, односно овлашћене организације у погледу лица са већинским јавним или друштвеним капиталом. Особеност овог поступка огледа се у томе што се њиме предупредује наступање правних последица отварања стечаја, „уз очување правног субјективитета стечајног дужника и истовремено задовољење пословних и економских интереса његових поверилаца“.⁷⁰⁸ Но, с обзиром на чињеницу да усвојени унапред припремљени планови реорганизације ређе бивају у потпуности испуњени, све су присутније оцене да се њима само „купује време“ и изигравају повериоци, чиме је примена овог правног института обесмишљена.⁷⁰⁹ Уистину, овај вид спровођења реорганизације стечајног дужника ствара широке могућности злоупотребе права. Злоупотребе права, између осталог, могу бити манифестоване и с циљем занемаривања ограничене одговорности чланова за обавезе друштва. Начини за чињење овог вида злоупотребе су разноврсни. Један од честих, који се сусреће у пракси, односи се на стварање „фиктивних“ потраживања, па самим тим и „фиктивних“ поверилаца, како би се обезбедила већина у одређеној класи поверилаца. Таквим поступањем усвајање унапред припремљеног плана реорганизације постаје извесније, а с друге стране повериоци бивају изиграни. Овај вид злоупотребе права најчешће осмишљавају већински чланови друштва, који се сматрају и фактичким подносиоцима унапред припремљеног плана реорганизације. Иначе, готово се подразумева да, овакав вид „фингирања“ потраживања зарад обезбеђивања већине у одређеној класи, редовно прате и изузетно строге мере према повериоцима који су у тој класи у мањини а истовремено су несагласни са предложеним мерама. Како усвојени унапред припремљени план производи дејство и према несагласним повериоцима, јасно се назире циљ чињења описане злоупотребе. Он се огледа у тежњи већинских чланова друштва да „фингирањем“ потраживања и усвајањем унапред припремљеног плана умање вредност потраживања несагласних поверилаца. У позитивноправној стечајној регулативи прописано је да уколико је унапред припремљеним планом обухваћено непостојеће потраживање или потраживање у

⁷⁰⁸ Д. Слијепчевић (2016), стр. 495 – 496.

⁷⁰⁹ Б. Радуловић, „Унапред припремљени планови реорганизације и проблем негативне селекције“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1/2015, стр. 152.

износу који је већи од стварно постојећег, ранији стечајни дужник, повериоци обухваћени планом, као и повериоци чија су потраживања настала пре усвајања овог плана, могу у року од годину дана, тужбом, противтужбом или истицањем приговора у парници, оспорити такво потраживање.⁷¹⁰ Међутим, коришћење овог правног средства није заступљено у већој мери. Притом, описана правна могућност односи се само на побијање дејства усвојеног унапред припремљеног плана, не и плана реорганизације усвојеног након отварања стечајног поступка. План реорганизације усвојен у току стечајног поступка може се оспорити само од стране стечајног судије ускраћивањем потврде плана по службеној дужности или по предлогу поверилаца чији су интереси њиме повређени.⁷¹¹ С друге стране, и предузимање процесних радњи у циљу доказивања да је план усвојен на преваран и незаконит начин, није честа појава.⁷¹² Тешко је превару у овим случајевима доказати. Због тога ови преварно усвојени унапред припремљени планови реорганизације опстају као „правноваљани“. И поред чињенице да ови планови најчешће не бивају испуњени до краја, већ услед непоступања према мерама планом установљеним најчешће долази до отварања новог стечајног поступка, већински чланови дужника су учињеном злоупотребом већ остварили свој основни циљ. Ово из разлога што према широко прихваћеном становишту у пракси привредног судства у Србији, неизвршени план реорганизације остаје на правној снази и након доношења решења о покретању новог стечајног поступка због непоступања по плану.⁷¹³ Међутим, то отвара простор да у новоотвореном стечајном поступку буду испитани разлози за стечајно пробијање, уколико се

⁷¹⁰ Закон о стечају, чл. 167 ст. 5.

⁷¹¹ Више о томе: М. Dika, *Četvrta novela stečajnog zakona*, Zagreb, 2006, стр. 56; доступно на: <http://www.sudacka-mreza.hr/> (сајт посећен: 18. априла 2016. године); Д. Слијепчевић, „Правне последице неизвршења плана реорганизације“, *Правни информатор*, бр. 3/2011, стр. 5.

⁷¹² Чињеница да је план издејствован на преваран или незаконит начин утврђује се по подношењу предлога за отварање стечајног поступка услед овог стечајног разлога. Функционално надлежан за оцену испуњености овог стечајног разлога је стечајни судија. Примера ради, према решењу Привредног суда у Крагујевцу Ст. 26/2015 од 24. јуна 2015. године, отворен је стечајни поступак услед усвајања плана на преваран и незаконит начин. У доказном поступку стечајни судија је утврдио да је потраживање већинског повериоца из плана у ствари фиктивно. Ово из разлога што је његово потраживање наводно настало по основу уговора закљученог са стечајним дужником од 22. јуна 2004. године, а сам стечајни дужник је основан 12. августа 2004. године, што произлази из уписаних података у регистру привредних субјеката.

⁷¹³ *Радни материјал са XXIV саветовања судија привредних судова*, (део: питања и одговори – стечајни поступак, питање бр. 80), Привредни апелациони суд, Београд, 2016, стр. 285; Исто: Д. Слијепчевић (2010а), стр. 303.

утврди да је, на неки начин, унапред припремљеним планом реорганизације злоупотребљено правило о ограниченој одговорности чланова за обавезе друштва.

Што се тиче плана реорганизације који се подноси у току стечајног поступка, треба признати да су појаве тзв. фиктивних потраживања знатно ређе. Овом поступку претходи фаза испитивања потраживања и могућности оспоравања њихове основаности, како од стране стечајног управника тако и од поверилаца.⁷¹⁴ На тај начин се постиже већи степен контроле потенцијалних учинилаца злоупотребе и сужава обим могућих манипулација. Због тога је потреба за стечајним пробијањем због злоупотреба вршених ради усвајања плана реорганизације умањена, али не и сасвим искључена.

По усвајању плана, не само оног у току стечајног поступка већ и унапред припремљеног, долази до обустављања стечајног поступка. Могућност стечајног пробијања након усвајања плана је апсолутно искључена, јер привредно друштво наставља са активним пословањем. Уз то, свако непоступање по усвојеном плану представља стечајни разлог за отварање стечајног поступка. Отуда и потреба за „ванстечајним“ пробијањем, због евентуалних злоупотреба у току спровођења плана реорганизације, није нарочито изражена. У случају потпуног испуњења плана, друштво наставља слободно да послује, уз обавезу поштовања компанијске регулативе. Самим тим, након спровођења свих мера предвиђених планом реорганизације, у случају злоупотребе правила о ограниченој одговорности, примењују се правила о „ванстечајном“ пробијању.

Међутим, насупрот описаним ситуацијама, примена правила стечајног пробијања се актуелизује у случајевима када евентуално учињена злоупотреба правила о ограниченој одговорности у току спровођења усвојеног плана, узрокује непоступање по плану и отварање новог стечајног поступка. У том случају, током новог стечајног поступка, потпуно је легитимно применити институт стечајног пробијања.

⁷¹⁴ Закон о стечају, чл. 117.

4. Последице непоступања по усвојеном плану реорганизације

Већ је било помена да је у позитивној судској пракси Србије, широко прихваћено становиште да, неизвршени план реорганизације остаје на правној снази и након доношења решења о покретању новог стечајног поступка због непоступања по плану. Наведени приступ произлази и из логике самог стечајног закона, којим је прописано да, између осталог, план реорганизације садржи јасно назначење да се његовим усвајањем сва права и обавезе поверилаца из плана дефинишу искључиво у складу са одредбама усвојеног плана, укључујући и ситуацију у којој план није у потпуности извршен, односно у којој се извршење плана обуставља.⁷¹⁵ То значи да по усвајању плана реорганизације, односно моментом правноснажности решења о потврђивању да је план реорганизације усвојен, сходно позитивној законској регулативи, долази до трајног редефинисања односа између поверилаца и стечајног дужника, што представља један од најбитнијих аспеката доградње правног института реорганизације у односу на раније важеће српско стечајно законодавство.⁷¹⁶ Описани приступ законодавца и судске праксе доводи до последице да у новом стечајном поступку, отвореном због непоступања по раније усвојеном плану, повериоци обухваћени планом могу пријавити само неизмирена потраживања из раније усвојеног плана реорганизације, а која ће бити третирана као потраживања заснована на извршној исправи.⁷¹⁷ Следећи логику наведеног тумачења, као једино правично, намеће се решење да се и потраживања која нису обухваћена раније усвојеним планом, у поступку испитивања њихове основаности у новоотвореном стечајном поступку, могу третирати искључиво према условима из раније усвојеног плана. Дакле, и овим потраживањима би се приступило на истоветан начин као и у погледу потраживања поверилаца обухваћених раније усвојеним планом реорганизације.

⁷¹⁵ Закон о стечају, чл. 156 ст. 1 тач. 7.

⁷¹⁶ Овде је вредно поменути да је у раније важећем Закону о стечајном поступку (*Сл. гласник РС*, бр. 84/04 и 85/05), сходно чл. 137, било прописано да су, учињени отпуст дуга према стечајном дужнику или на други начин редефинисани односи, производили коначно правно дејство тек даном потпуног извршења свих обавеза прописаних усвојеним планом реорганизације. Ова правна могућност била је остварива јер је усвајањем плана реорганизације долазило само до застоја поступка спровођења стечаја банкротством, а не и до његове обуставе. Пример: решење Привредног апелационог суда, Пж. 2602/11 од 07. априла 2011. године.

⁷¹⁷ О правном третману пријављених потраживања заснованих на извршној исправи: Н. Јовановић, „Оспорљивост „извршних“ потраживања у стечају“, *Билтен судске праксе привредних судова*, бр. 3/2010, стр. 267-282.

Једино у случају када је план издејствован на преваран и незаконит начин, наступа његова потпуна неважност.

Изнети приступ о последицама непоступања по усвојеном плану реорганизације, иако није у непосредној вези са институтом пробијања правне личности, не може се рећи да та веза не постоји, макар на посредан начин. Наиме, самим сазнањем да усвајањем плана долази до коначног редефинисања односа између стечајног дужника и његових поверилаца, контролни чланови друштва, у време када друштво западне у пословне и финансијске проблеме, постају мотивисани да злоупотребе право, зарад остваривања одређених „неправних“ користи. Тако у пракси све чешће, разним облицима манипулација и вештим „фингирањем“ потраживања, покушавају издејствовати унапред припремљене планове, којима се у значајној мери умањују потраживања других, „правих“ поверилаца. Посебно је забрињавајућа чињеница да су у неким ситуацијама и успели у овим намерама.⁷¹⁸

Отуда, описани, све осетнији видови злоупотребе права путем подношења „неваљаних“ планова реорганизације, захтевају потрагу за правичнијим решењима, која би била установљена каквим будућим законским изменама. Зарад проналажења подеснијег законског приступа регулисању последица које настају услед непоступања по плану, нужно је изнети неколико решења из савремених упоредноправних система. У том подухвату ваља првенствено поћи од позитивне регулације америчког стечајног права, које, уопштено решено, показује највеће сличности са важећим стечајним законом у Србији. У погледу дејства плана реорганизације према повериоцима, америчко стечајно право начелно полази од диспозитивног решења да усвајањем плана долази до ослобађања стечајног дужника од обавеза насталих пре његовог усвајања,⁷¹⁹ осим ако се планом реорганизације не предвиде другачије последице. То говори да у ситуацији када

⁷¹⁸ Видети, примера ради, стечајне поступке који се спроводе код Привредног суда у Крагујевцу, Ст. 16/2014 и Ст. 25/2016, отворене управо због непоступања по усвојеним плановима реорганизације. Овим примерима се показује да власници друштва, односно његови контролни чланови, могу на различите начине „издејствовати“ план реорганизације којим ће значајно умањити потраживања „правих“ поверилаца. Након тога, услед непоступања по плану, у новоотвореном стечајним поступцима ови повериоци су у таквој позицији да, и поред очигледне неправичности, могу пријавити само потраживање које је усклађено са раније „издејствованим“ планом.

⁷¹⁹ 11 U.S.C. (*Bankruptcy code*), § 1142 (d) (1) (a).

стечајни дужник не испуњава своје обавезе и дође до превођења поступка реорганизације у банкротство,⁷²⁰ уколико планом није одређено другачије, повериоци могу остварити само права дефинисана планом. Но, за разлику од нашег позитивноправног приступа овом питању, у америчком стечајном праву су у односу на изнети начелни принцип, дозвољена одређена одступања. Првенствено, у самом плану реорганизације је могуће дефинисати другачије последице услед непоступања по плану, с обзиром да су законом дефинисане последице прописане диспозитивном нормом. Друга правна могућност односи се на овлашћење повериоца да захтева опозив одлуке о усвајању плана. Подношење овог захтева је дозвољено у року од 180 дана од дана доношења одлуке о усвајању плана, али само по основу постојања преварног поступања стечајног дужника при изради и предлагању плана.⁷²¹

Насупрот наведеном приступу, у немачком стечајном праву предвиђено је другачије, „елегантније“ решење.⁷²² С једне стране, диспозитивним нормама регулисане су последице у случају неиспуњења плана према индивидуалном повериоцу, а с друге, у случају његовог неиспуњења према више поверилаца. Тако, уколико дужник престане да измирује обавезе према одређеном повериоцу и након што га је овај у писаној форми позвао да своју обавезу испуни у року који не може бити краћи од две недеље, предвиђени отпуст дуга тог повериоца или суспензија извршења према том повериоцу неће више важити, осим уколико у самом плану није предвиђена другачија последица у овој ситуацији. Међутим, услед околности када због неиспуњења плана буде отворен нови стечајни поступак, мера којом је предвиђена суспензија извршења или отпуст дуга неће важити према свим стечајним повериоцима.⁷²³ Изузеци од описаног општег правила односе се на решења да повратно дејство неиспуњени план неће имати у односу на она потраживања која су према плану реорганизације у целини отпуштена, као и у односу на потраживања која су у целини исплаћена.⁷²⁴

⁷²⁰ 11 U.S.C. (*Bankruptcy code*), § 1112 (b).

⁷²¹ 11 U.S.C. (*Bankruptcy code*), § 1144.

⁷²² И. Тодоровић, *op. cit.*, стр. 107.

⁷²³ *Insolvenzordnung (Deutschland)*, § 255.

⁷²⁴ И. Тодоровић, *op. cit.*, стр. 108; упућује на: А. Schmidt (Hrsg.), *Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht*, Carl Heymanns Verlag, 2012, стр. 1794., и W. Uhlenbruck, *et al* (Hrsg.), *Insolvenzordnung – Kommentar*, Franz Vahlen München, 2010, стр. 2547.

Посебно је важно нагласити да у погледу дејства неиспуњеног плана на извршену конверзију у капитал, у немачкој пракси се сматра „да је план реорганизације за ове повериоце у целости испуњен“.⁷²⁵ Сличне последице неиспуњеног плана реорганизације предвиђене су у аустријском стечајном праву.⁷²⁶

Следствено наведеном, можда би било делотворно и поврх свега правично да се у будућности, изменама стечајног закона, предвиде другачије последице у случају непоступања по плану. Тако би се могло предвидети да, у случају неуспеха плана реорганизације и покретања новог стечајног поступка, раније усвојени план буде без правног дејства према повериоцима који су се одрекли дела свог првобитног потраживања, попут делимичног отпуста дуга или одрицања од средстава обезбеђења свог потраживања, уколико током спровођења плана њихово потраживање није намирено у складу са планом.⁷²⁷ На тај начин би засигурно био умањен степен заступљености злоупотребе права при подношењу плана реорганизације. Потенцијални учиниоци тада не би могли очекивати да ће, у случају да злоупотреба учињена при подношењу плана реорганизације не буде препозната и остане некажњена, доћи до коначног редефинисања односа по усвајању плана, без обзира на чињеницу да ли ће исти бити у потпуности спроведен.

⁷²⁵ *Ibid.*, стр. 109. Слично решење предложено је и за наше право, у случају будућих измена стечајног закона. У: М. Радовић (2013а), стр. 120 – 122. Детаљније у: С. Hoenig, С. Hammerl (ed.), *Insolvency and Restructuring Law in Central & Eastern Europe*, Wien, 2014, стр. 61 – 62.

⁷²⁶ *Insolvenzordnung (Österreich)*, § 156 – 159.

⁷²⁷ Слично: М. Радовић (2013а), стр. 121.

ГЛАВА X

СТЕЧАЈНО ПРОБИЈАЊЕ СА ЕЛЕМЕНТОМ ИНОСТРАНОСТИ

1. Елемент иностраности код стечајног пробијања

Поједине чињенице у току стечајног поступка могу бити повезане са другом државом, односно правним системом. Ова веза са страним државно-правним поретком може бити изражена кроз субјекте стечајног поступка, имовину, односно стечајну масу.⁷²⁸ Тада се говори о стечајном поступку са елементом иностраности. Појављивање елемента иностраности ствара сложену правну ситуацију. У поступку стечајног пробијања елемент иностраности се може појавити када је члан друштва, одговоран за пробијање, страном лице. Исто тако, могуће је да страни елемент постоји и када се имовина члана друштва одговорног за пробијање налази у страни држави. Додатно је специфично што се, у изнетим примерима, као чланови друштва могу појавити како физичка, тако и правна лица. Поред изнетог, могуће је и да се имовина стечајног дужника налази у иностранству.

У описаним ситуацијама се јављају дилеме које су типичне за све приватноправне односе са страним елементом. По праву које државе ваља судити у случају стечајног пробијања према члану који је страном лице? Да ли ће наша судска одлука о стечајном пробијању бити призната у страни држави и каква ће дејства страна судска одлука имати код нас? На који начин спровести извршење према имовини члана друштва која се налази у страни држави? Како поступити у ситуацији када због пробијања правне личности према страном члану друштва буде отворен стечајни поступак?

Проналажење адекватних решења по наведеним питањима могуће је тек по успостављању тесне сарадње између стечајног и међународног приватног права. То је једини сигуран пут ка отклањању поменутих дилема. Доследно га следећи, могуће је пронаћи одговор на спорна питања јасног одређивања меродавног права за стечајно пробијање, потом, суд које државе ће бити надлежан за поступање и

⁷²⁸ В. Чоловић, *Међународни стечај*, Источно Сарајево, 2005, стр. 9.

одлучивање у овом поступку и на који начин ће се признати страна судска одлука о стечајном пробијању а потом и извршити. Посебно је важно што се овом сарадњом појашњавају недоумице у случају отварања стечајног поступка према одговорном страном члану друштва за учињену злоупотребу правила о ограниченој одговорности.

2. Одређивање меродавног права за стечајно пробијање

Типичан начин регулисања приватноправних односа са елементом иностраности, па и пробијања правне личности, било стечајног или „ванстечајног“ је индиректан, колизионни начин. Његова суштина огледа се „у одабирању меродавних правила за разрешавање спорног односа“.⁷²⁹ Основни инструмент за описани начин регулисања су колизионе норме.⁷³⁰ Њима се не регулишу материјалноправни односи са страним елементом. Задатак колизионих норми јесте да упуте на меродавно право по којем ће се ти односи расправити. То, међутим, није нимало лак задатак, „јер претпоставља веома сложено вредновање могућих веза једног правног односа са разним суверенитетима и оцену различитих интереса за примену једног или другог права.“⁷³¹ Предуслов за правилно вредновање описаних веза, а потом и за одабир меродавног права, јесте ваљано класификовање правне категорије, односно супсумирање одређеног чињеничног склопа под правни појам, а потом и одабира „тачке везивања“.⁷³²

У погледу „ванстечајног“ пробијања је важно поменути да су норме о регулисању тог правног института сврстане у оквиру регулативе о статусним питањима привредних друштава. Због тога се као једно од доминатних решења за одређивање меродавног права код „ванстечајног“ пробијања са страним елементом, помиње „припадност“,⁷³³ односно држављанство привредног друштва

⁷²⁹ Т. Варади, Б. Бордаш, Г. Кнежевић, В. Павић, *Међународно приватно право*, Београд, 2010, стр. 38. Насупрот индиректном начину регулисања приватноправних односа са страним елементом стоји директан начин. Њиме се подразумева непосредно регулисање ових односа, било међународним или унутрашњим прописима.

⁷³⁰ *Ibidem*.

⁷³¹ *Ibid.*, стр. 39.

⁷³² *Ibid.*, стр. 123.

⁷³³ М. Јездичић, *Међународно приватно право I, Увод у међународно приватно право и општи елементи формирања и примене норми међународног приватног права*, Београд, 1976, стр. 148; М.

(лат. *lex societatis*).⁷³⁴ Припадност друштва представља правну везу између једног привредног друштва и одређене државе.⁷³⁵ Установљавање меродавног права у случају „ванстечајног пробијања“ на основу поменуте правне везе правда се практичним потребама и, штавише, разлозима правне сигурности.⁷³⁶ Наиме, применом критеријума *lex societatis* омогућава се истоветна примена права према свим заинтересованим повериоцима за „ванстечајно“ пробијање. Тиме се успоставља равноправан однос према свим повериоцима, било страним или домаћим. Насупрот томе, уколико би одговорност члана друштва била установљавана применом правила различитих правних система, то би засигурно водило неједнаком третману поверилаца друштва, заинтересованих за пробијање. Ваља поменути и наводе да се одабиром критеријума „припадности“ друштва „штите интереси свих учесника у поступку пробијања“, и то привредног друштва, његових чланова и поверилаца.⁷³⁷ Интерес друштва задовољен је услед чињенице да је по њега најпогоднија примена правног система коме друштво припада и са којим је било упознато још од момента оснивања. Истоветни разлози стоје и у погледу чланова друштва. Као и друштво, тако су и његови чланови упознати са свим одредбама о пробијању, па по њих, одабиром наведеног критеријума, нема никаквог изненађења у погледу примене права. Притом, и повериоцима начелно највише одговара критеријум „припадности“ друштва, с обзиром да је уобичајено да већина поверилаца потиче из државе којој привредно друштво припада. Уз то, повериоци, било страни или домаћи, при ступању у пословне односе са привредним друштвом, одабиром овог критеријума, постају упознати са свим ризицима с којима се могу суочити у случају да члан друштва злоупотреби правило о ограниченој одговорности.

Иначе, у правној литератури се сусреће неколико мерила за одређивање припадности привредног друштва. Први критеријум, по коме се предлаже

Станивуковић, „Тачке везивања за комерцијална правна лица у међународном приватном праву“, *Правни живот*, бр. 12/2003, стр. 436.

Иначе, поред израза „припадност“ привредног друштва, у домаћој литератури се помиње и израз „припадништво“ привредног друштва. Видети: Т. Варади, Б. Бордаш, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, стр. 279.

⁷³⁴ Е. Wymeersch, *The Transfer of the Company's Seat in European Company Law*, Working Paper No. 08/2003, European Corporate Governance Institute, 2003, стр. 7-13.

⁷³⁵ М. Јездић, *Међународно приватно право*, књига друга, Београд, 1979, стр. 148.

⁷³⁶ К. Vanderkerchove (2006), стр. 488.

⁷³⁷ *Ibidem*.

одређивање припадности друштва, јесте држављанство чланова главног органа управљања.⁷³⁸ Према другом критеријуму, „привредно друштво припада оној држави у којој је регистровано, тј. по чијем је праву основано, без обзира на то да ли је стварно седиште друштва у тој држави или у некој другој“.⁷³⁹ Као треће мерило истиче се стварно седиште друштва, док се по четвртом критеријуму узима центар пословне активности друштва као меродаван. Од поменутих критеријума највише значаја се придаје систему инкорпорације (оснивања)⁷⁴⁰ и систему стварног седишта друштва. Систем стварног седишта се, према доминантном гледишту у правној литератури, одређује по седишту главне управе друштва.⁷⁴¹ У позитивном законодавству Србије, припадност привредног друштва одређује се комбинацијом поменута два система.⁷⁴² Тако, уколико привредно друштво има стварно седиште у држави по чијем праву је и основано, оно припада тој држави. Међутим, ако се стварно седиште друштва не налази у држави по чијем је праву и основано, и по праву те државе има њену припадност, сматраће се правним лицем те државе.⁷⁴³

Проблем овог партикуларног приступа, с једне стране теорији оснивања а с друге систему стварног седишта, може изазвати практичне последице. У различитим правним системима, зависно од опредељења за неки од поменутих критеријума, биће неједнако цењен критеријум припадности привредног друштва. Но, то не умањује његов значај као тачке везивања за „ванстечајно“ пробијање. Проблем ваља решити хармонизовањем ових критеријума на међународном нивоу, нарочито у оквиру права Европске уније. Међутим, због сложености проблема које питање припадности друштва задаје, то није ни мало лак задатак.

⁷³⁸ Т. Варади, Б. Бордаш, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, стр. 280.

⁷³⁹ *Ibidem.* Слично: М. Станивуковић (2003), стр. 438; С. Новковић, *Припадност привредних друштава као елемент слободе настањивања у пракси Суда Европске уније*, докторска дисертација, Правни факултет у Новом Саду, 2015, стр. 25.

⁷⁴⁰ С. Новковић, *op. cit.*, стр. 24; упућује да је систем инкорпорације прихваћену законодавствима: Сједињених Америчких Држава, Уједињеног Краљевства, Републике Ирске, Холандије, Данске и Швајцарске.

⁷⁴¹ У немачкој правној теорији нарочито је прихваћено гледиште да је стварно седиште друштва оно које је означено у статуту или другом општем акту друштва. О томе: С. Новковић, *op. cit.*, стр. 26.

⁷⁴² Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља- (*Сл. лист СФРЈ*, бр. 43/82 и 72/82 – испр., *Сл. лист СРЈ*, бр. 46/96 и *Сл. гласник РС*, бр. 46/2006 – др. закон; даље у фуснотама: ЗМПП), чл. 17.

⁷⁴³ М. Станивуковић (2003), стр. 439.

Наведено, ипак, никако не умањује значај критеријума припадности друштва за одређивање меродавног права код „ванстечајног“ пробијања.⁷⁴⁴

Насупрот одређивању меродавног права у „ванстечајном“ пробијању, код стечајног пробијања ствари постају још сложеније. Узрок тога свакако лежи у комплексности стечајне регулативе. Превасходно треба имати у виду да је у стечајном праву знатно изражена веза између питања тзв. међународне надлежности (јурисдикције) и применљивог права.⁷⁴⁵ Тако ће примена меродавног права зависити, у суштини, од права државе отварања стечајног поступка. На сличан начин поступљено је и у правној регулативи Србије. Питање одређивања меродавног права у стечајном поступку са елементом иностраности, законски је регулисано. Начелно је предвиђено да се на стечајни поступак и његова дејства примењује право државе отварања стечајног поступка (лат. *lex fori concursus*), ако Законом о стечају није другачије уређено.⁷⁴⁶ Ово правило трпи изузетке када се у међународном стечају уређују права излучних и разлучних поверилаца у односу на ствари и права која се налазе на територији Србије.⁷⁴⁷ У том случај признање поменутих права искључиво се одређује применом српских прописа, без обзира на могућност признавања страног стечајног поступка који се спроводи у страниј држави.⁷⁴⁸ Изузетак постоји и по питању дејства стечајног поступка на уговоре о раду, у ком случају се примењује право које је меродавно за уговоре о раду.⁷⁴⁹

Предвиђањем само два поменутих изузетка, остаје значајна дилема шта се све подразумева под синтагмом „стечајни поступак и његова дејства“.⁷⁵⁰ Одређене нејасноће у погледу прецизирања обухвата наведене синтагме могу бити

⁷⁴⁴ Вредно је поменути да је при изради новог законског оквира за међународно приватно право у Србији, која је актуелизована неколико година уназад, критеријум припадности друштва јасно опредељен као тачка везивања за одређивање меродавног права при „ванстечајном“ пробијању. Тако је у чл. 65 ст.1 тач е) Нацрта Закона о међународном приватном праву, предвиђено да на основу *lex societatis* бити уређена „одговорност правног лица односно организације без својства правног лица, њених чланова и чланова њених органа за обавезе правног лица односно организације без својства правног лица. Видети: Нацрт закона о међународном приватном праву, доступно на: <http://www.mpravde.gov.rs/obavestenje/6247/konacna-verzija-nacrta-zakona-o-medunarodnom-privatnom-pravu-.php> (сајт посећен 23. септембра 2016. године).

⁷⁴⁵ К. Vanderkerchove (2006), стр. 568.

⁷⁴⁶ Закон о стечају, чл. 175 ст. 1.

⁷⁴⁷ Д. Слијепчевић (2016), стр. 572 – 573.

⁷⁴⁸ Закон о стечају, чл. 175 ст. 2.

⁷⁴⁹ Закон о стечају, чл. 175 ст. 3.

⁷⁵⁰ В. Радовић, „Основно колизионо правило у међународном стечајном праву (*lex fori concursus*) са посебним освртом на Уредбу о стечајним поступцима“ *Harmonius – Journal of Legal and Social Studies in South East Europe*, бр. 1/2013(а), стр. 240.

отклоњене довођењем у везу „начелног (апстрактног) дефинисања обухвата *lex fori concursus*“⁷⁵¹ са знатно детаљнијим приступом Уредбе о стечајним поступцима.⁷⁵² То не значи да приступ Закона о стечају у погледу дефинисања обухвата појма *lex fori concursus* треба поистоветити са приступом наведене Уредбе. Међу њима постоје одређене разлике у погледу одабира изузетака и чињенице да је због детаљнијег уређивања изузетака у Уредби о стечајним поступцима „домашај правила *lex fori concursus* потенцијално шири“ у српском праву у односу на његов домашај по Уредби.⁷⁵³ Међутим, без обзира што се примена наведене Уредбе ограничава на чланице Европске уније, њен утицај на српско право је изузетно изражен. Превасходно се њен утицај огледа кроз тежњу српског права за хармонизовањем регулативе са правом Европске уније, а потом и квалитет решења у Уредби о стечајним поступцима доприноси њеном значају. Зато се може рећи да, по угледу на Уредбу о стечајним поступцима, и у српском стечајном праву под појам „стечајни поступак и његова дејства“, па самим тим и под обухват правила *lex fori concursus*, треба обухватити питања попут: који дужници имају стечајну способност; која имовина стечајног дужника улази у састав стечајне масе; овлашћења стечајног управника и дужника; услове под којима се врши компензација; правне последице отварања стечајног поступка на обострано неизвршене двостранообавезне уговоре; правне последице отварања стечајног поступка на обострано неизвршене уговоре; правне последице отварања стечајног поступка на поступке покренуте од стране индивидуалних поверилаца; стечајна потраживања и потраживања стечајне масе; пријављивање и испитивање потраживања; деоба и исплатни редови; окончање стечајног поступка и права по његовом окончању; трошкове стечајног поступка; врсте стечајног поступка које се могу спроводити; стечајне разлоге; отварање стечајног поступка; претходни стечајни поступак; моменат наступања правних последица његовог отварања; органе стечајног поступка; уновчење стечајне масе; стечајну реорганизацију.⁷⁵⁴ Притом, треба имати у виду да су наведена питања само најкарактеристичнија а

⁷⁵¹ *Ibidem*.

⁷⁵² Council Regulation (EC) No 1346/2000 of 29 May 2000 on Insolvency Proceedings, (*Official Journal of the European Communities*, L 160), донета 30. јуна 2000. године – Уредба о стечајним поступцима из 2000. године.

⁷⁵³ В. Радовић (2013а), чл. 254.

⁷⁵⁴ Детаљније: В. Радовић (2013а), стр. 240-249.

не коначно дефинисана. Међутим, независно од побројаних питања, за одређивање меродавног права за стечајно пробијање са елементом иностраности од нарочитог је значаја да се под обухватом правила *lex fori concursus* подразумевају и „правне радње штетне за повериоце“.⁷⁵⁵ Под овим радњама, „поред радњи које се у стечајном поступку могу побијати“,⁷⁵⁶ могуће је подвести и радње којима се врши злоупотреба правила о ограниченој одговорности стечајног дужника.

Отуда се може закључити да, уколико правила о стечајном пробијању постану саставни део стечајне регулативе Србије, меродавно право за овај вид пробијања правне личности ваља ценити према праву државе отварања стечајног поступка. Оправдање оваквог решења могуће је пронаћи у чињеници да одлука о стечајном пробијању има непосредно дејство на стечајну масу стечајног дужника, па самим тим и ток стечајног поступка. Притом, правила о стечајном пробијању нужно је инкорпорирати у сам стечајни закон. Оправдање о везивању применљивог права о стечајном пробијању за право државе у којој се стечајни поступак спроводи, могуће је пронаћи и у тенденцији широког „растегања“ правила о стечајном поступку (енгл. *extension of bankruptcy*), на све судске поступке који су у вези са стечајем.⁷⁵⁷ На крају, везивање за право државе у којој се спроводи стечајни поступак (лат. *lex fori concursus*) се у већини случајева поклапа са правом припадности привредног друштва (лат. *lex societatis*).

3. Проблем дејства одлуке о стечајном пробијању у иностраној држави

Зависно од одабира модела стечајног пробијања, било путем кондемпнаторне или декларативне тужбе, одлука о стечајном пробијању ће, без дилеме, производити правно дејство у домаћој држави. Спорност, међутим, настаје по питању њеног дејства у иностраној држави. Дејство стране судске одлуке

⁷⁵⁵ В. Радовић (2013а), 248.

⁷⁵⁶ *Ibidem*.

⁷⁵⁷ К. Vanderkerchove (2006), стр. 572. На сличан начин је и у праву Србије дефинисано „растегање“ стварне и месне надлежности суда на чијем се подручју спроводи стечајни поступак, на све судске спорове који се воде у току и поводом стечаја. Видети: Закон о уређењу судова, чл. 25 ст. 1 тач. 4 и ЗПП, чл. 58. Иначе, у спорове „поводом стечаја“ се убрајају сви они, који су од утицаја на стечајну масу стечајног дужника. Тумачење изнето у: *Билтен судске праксе привредних судова*, бр.1/2011, Привредни апелациони суд, питање бр. 7, стр. 17-18.

на домаћој територији зависно је од признања од стране надлежних домаћих органа. Тек након судске провере чињеница, односно испуњености услова прописаних за признање стране судске одлуке, она се може изједначити у дејствима са домаћим одлукама. Под страном судском одлуком сматра се не само одлука суда стране државе, већ и другог органа која је у држави у којој је донесена изједначена са судском одлуком, односно судским поравнањем.⁷⁵⁸

Према општим правилима међународног приватног права, државно-правни поредак Србије прихвата систем ограничене контроле (лат. *controle limite*) у поступку признања стране судске одлуке. Овај систем је данас најшире прихваћен у свету.⁷⁵⁹ Његова одлика је да се акт органа страног суверенитета не прихвата безусловно, али је контрола ограничена и сумарна.⁷⁶⁰ Због тога су у позитивном законодавству Србије, поред обавезе да страна судска одлука мора бити снабдевена потврдом правноснажности страног суда или другог органа,⁷⁶¹ прописане само сметње које стоје на путу признању стране судске одлуке. Прва сметња се тиче међународне надлежности суда који је одлучивао, па се неће признати надлежност страног суда само ако је поступио у спору за који је искључиво надлежан домаћи суд или други државни орган.⁷⁶² Неће бити призната страна судска одлука ни у случају када је странци у поступку онемогућено право на одбрану, због неправилности у поступку.⁷⁶³ Не може се признати ни страна судска одлука уколико о истом спору међу истим странкама постоји домаћа правноснажна одлука, без обзира на то који је поступак раније започет.⁷⁶⁴ Уколико је пред српским судом у току парница која је раније покренута у односу на поступак из којег је поизашла страна судска одлука, са поступком признања ће се застати до правноснажног окончања парнице пред домаћим судом.⁷⁶⁵ Ваља истаћи да „признање стране одлуке не спречава само постојање домаће правноснажне одлуке у истој ствари, него и постојање већ признате стране одлуке

⁷⁵⁸ ЗМПП, чл. 86 ст. 3.

⁷⁵⁹ Т. Варади, Б. Бордаш, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, стр. 540.

⁷⁶⁰ *Ibidem*.

⁷⁶¹ ЗМПП, чл. 87.

⁷⁶² ЗМПП, чл. 89 ст. 1.

⁷⁶³ ЗМПП, чл. 88.

⁷⁶⁴ ЗМПП, чл. 90 ст. 1.

⁷⁶⁵ ЗМПП, чл. 90 ст. 2.

у истој ствари“.⁷⁶⁶ Посебно је важно истаћи и да се као услови признања судске одлуке помињу узајамност и сагласност са начелима јавног поретка. Дакле, да би се страна судска одлука могла признати, нужно је постојање узајамности између државе у којој је одлука донета и Србије. Тако ће српски судови признати само ону судску одлуку стране државе са којом у том погледу постоји реципроцитет.⁷⁶⁷ Реципроцитет мора бити материјалноправне природе, што значи да „ће се према страним одлукама поступати на начин на који се у земљи порекла поступа са нашим судским одлукама“.⁷⁶⁸ Дакле, за признање стране судске одлуке је од нарочитог значаја питање да ли се у страниој држави одлука српског суда уопште може признати. Свакако, довољно је да реципроцитет фактички постоји, односно, не мора бити праћен формалним актом којим се реципроцитет потврђује. Према позитивном праву Србије, реципроцитет се претпоставља, док се супротно не докаже.⁷⁶⁹ Могућност извршења стране судске одлуке прати и обавеза потврђивања њене извршености према правилима земље у којој је донета.⁷⁷⁰

Као што то чини државно-правни поредак Србије, тако и други правни системи намећу одређене услове признања одлуке српског органа у другој држави. То може створити проблем при признању и извршењу одлуке српског суда о стечајном пробијању у другој држави. Наиме, по угледу на српски правни систем, већина државно-правних поредака прихвата принцип реципроцитета у поступку признања страних судских одлука. То би, у погледу признања одлуке о стечајном пробијању, подразумевало да страни државно-правни поредак прихвата сличне разлоге и дејство одлуке о стечајном пробијању, као што то чини српски правни систем.

Међутим, с обзиром да одлука о стечајном пробијању има дејство превасходно према стечајној маси стечајног дужника, поставља се питање да ли постоји могућност да се страна судска одлука о стечајном пробијању призна према специфичним правилима о признању страних стечајних одлука, односно одлука донетих у вези са стечајем. Овакав приступ би знатно олакшао признање

⁷⁶⁶ Т. Варади, Б. Бордаш, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, стр. 554.

⁷⁶⁷ ЗМПП, чл. 92.

⁷⁶⁸ Т. Варади, Б. Бордаш, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, стр. 555.

⁷⁶⁹ ЗМПП, чл. 92.

⁷⁷⁰ ЗМПП, чл. 96.

страних одлука о стечајном пробијању. Према позитивним правилима о међународном стечају у Србији, да би стечајна одлука била призната у нашем државно-правном поретку, захтева се испуњење следећих услова: да се поднесе захтев за признање стране стечајне одлуке; да се уз наведени захтев достави страна одлука у оригиналу, овереној копији или овереном препису, преведену на језик који је у службеној употреби у надлежном суду у Републици Србији, заједно са доказом о њеној извршности по праву стране државе;⁷⁷¹ као и да страна одлука не буде у супротности са јавним поретком Републике Србије.⁷⁷² Дакле, поступак признања стране стечајне одлуке, као и одлуке донете у вези са стечајем, је знатно мање формализован и поједностављен. У том поступку не постоји потреба испитивања евентуалних неправилности у страном судском поступку, а нарочито да ли постоји реципроцитет са државом која је донела одлуку чије се признање захтева.

Опредељење за примену специфичних правила о међународном стечају у поступку признања стране стечајне одлуке, нарочито стране одлуке о стечајном пробијању, имало би позитивних ефеката у смислу поједностављења тог поступка. Притом, како се дејство одлуке о стечајном пробијању остварује према стечајној маси и повериоцима стечајног дужника, то би, по логици ствари, требало дати предност примени описаних посебних правила о признању страних стечајних одлука. Наведени приступ би у потпуности био сагласан и са Уредбом о стечајним поступцима из 2000. године, која прокламује хитно признавање судских одлука у вези са покретањем, вођењем и окончањем страних поступака, као и судских одлука доведених у вези са тим поступцима. Поступање судова у поступку признања ових одлука требало би темељити на међусобном поверењу, без значајних формалности.⁷⁷³

С друге стране, прихватање поједностављеног поступка признања стране одлуке о стечајном пробијању могло би имати и одређене негативне ефекте. Они би се огледали превасходно кроз могућност нарушавања правне сигурности, посебно у случају одређења за модел стечајног пробијања путем декларативне

⁷⁷¹ Закон о стечају, чл. 182 ст. 2.

⁷⁷² Закон о стечају, чл. 179

⁷⁷³ Слично: Уредба о стечајним поступцима из 2000. године, Преамбула у тач. 26 и чл. 25.

тужбе. Наиме, уколико би био прихваћен модел стечајног пробијања путем кондементарне тужбе, проблем реципроцитета био би релативизиран. Ово из разлога што већина савремених правних система данас систем пробијања правне личности заснива на сличним разлозима и одлуке производе слично дејство. Тако би у случају одређења за модел стечајног пробијања путем кондементарне тужбе водио и поједностављењу поступка признања страних одлука о стечајном пробијању. Међутим, евентуално прихватање модела стечајног пробијања путем декларативне тужбе, проблем постојања узајамности са другим правним системима знатно усложњава. Како је предвиђено да утврђена чињеница о злоупотреби у поступку стечајног пробијања може представљати стечајни разлог, то питање признања описаног дејства судске одлуке захтева већи степен хармонизације поступка стечајног пробијања. То, дакле, подразумева да и у другим правним системима, одлука о утврђењу злоупотребе правила о ограниченој одговорности члана друштва може представљати стечајни разлог за отварање стечајног поступка према њему. Имајући у виду тренутни степен развоја института пробијања у другим законодавствима, реално је претпоставити да, у погледу модела стечајног пробијања путем декларативне тужбе, не би постојала узајамност. Због тога је врло могуће да, све до момента хармонизације правила о стечајном пробијању, овај модел не може заживети, макар на међународном плану. Једино се оставља простор другачијем приступу према стечају повезаних лица, који се све више популаризује у правној литератури. Ипак, из поменуте тврдње не сме се извући закључак да ће истоветан приступ бити заступљен и у будућности. Развој института пробијања правне личности, нарочито у времену доминације прекограничног пословања, свакако упућује на потребу хармонизовања правила о тзв. „међународном“ пробијању правне личности, како стечајном тако и „ванстечајном“.

Следом наведеног, може се рећи да хармонизација правила о стечајном пробијању правне личности и дејству одлуке о пробијању међу државама, чини предуслов евентуалног спровођења поступка материјалног обједињавања услед стечајног пробијања. Како се материјално обједињавање везује за стечајну

регулативу, нужно је и тежити уједначавању националних стечајних права.⁷⁷⁴ Додуше, настојања по овом питању су све уочљивија у погледу стечаја повезаних друштава. У том смислу је потребно приступити и отклањању дилеме у вези са применом правила о признању страних одлука о стечајном пробијању. Већи степен хармонизације стечајног права у погледу правила о стечајном пробијању доприноси опредељењу за олакшани поступак признања страних одлука о стечајном пробијању у међународном стечају.

⁷⁷⁴ В. Радовић, „Принцип чисте универзалности у међународном стечају“, *Зборник Правног факултета у Новом Саду*, бр. 2/2013(б), стр. 275.

ДЕО ТРЕЋИ

СПЕЦИФИЧНИ ПРИМЕРИ СТЕЧАЈНОГ ПРОБИЈАЊА И ТЕНДЕНЦИЈЕ ЊЕГОВОГ РАЗВОЈА

Глава XI

СТЕЧАЈНО ПРОБИЈАЊЕ ЈЕДНОЧЛАНОГ ПРИВРЕДНОГ ДРУШТВА

1. Опште карактеристике једночланих привредних друштава

У правној литератури се признаје да једночлана друштва представљају нетипичну форму организовања привредног друштва.⁷⁷⁵ Дуго је било премишљања да ли је уопште могуће замислити привредна друштва која не прати уговорна форма организовања. Такође, препрека њиховом оснивању била је неодлучност „у вези са обимом одговорности јединог члана друштва за обавезе таквог друштва“.⁷⁷⁶ Да ли прихватити неограничену одговорност, без обзира на правни субјективитет и природу таквог друштва, а ради заштите интереса његових поверилаца, или ићи у правцу њихове ограничене одговорности до висине уложеног капитала.

У позитивном праву Србије је прихваћено становиште према коме привредна друштва могу бити основана као једночлана привредна друштва са ограниченом одговорношћу. Она нису установљена на уговорној основи, већ одлуци једног члана да обавља привредну делатност у форми привредног друштва. Тако организована могу бити једино друштва са ограниченом одговорношћу и акционарска друштва, односно друштва капитала.⁷⁷⁷ Друштва лица, ортачка и командитна друштва, не могу бити једночлана. Одобравањем оснивања поменутих форми једночланог привредног друштва омогућено је разликовање субјективитета самог друштва и његовог јединог члана (акционара).

⁷⁷⁵ М. Васиљевић (2011), стр. 48.

⁷⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷⁷ Наведено решење нашег законодавства усклађено је са тзв. Дванаестом директивом ЕУ. Видети: Directive 2009/102/EC of the European Parliament and of the Council of 16 September 2009 in the area of company law on single-member private limited liability companies, OJ L 258 – у даљем тексту: Дванаеста директива ЕУ.

Једночлано привредно друштво се посматра као самостална правна личност.⁷⁷⁸ Једини члан овог друштва, који може бити физичко или правно лице, одговара за обавезе друштва ограничено, до висине вредности улога који је уплатио или унео у привредно друштво. Притом, унети или уплаћени улог постаје капитал самог друштва, а члан заузврат остварује удео у капиталу друштва. Након његовог оснивања, једночлано друштво мора бити вођено сопственим циљевима.

Међутим, без обзира на опредељење већине правних система за политику дозвољавања оснивања једночланих привредних друштава, остали су проблеми који су постојали и пре одабира овог концепта. Остаје дилема „како заштитити повериоце од могуће злоупотребе, која би се састојала у злоупотреби имовине друштва од стране јединог власника и остављања друштву само обавеза“.⁷⁷⁹ Наиме, ова друштва одликује нижи степен формализма од вишечланих. Превасходно, у једночланом друштву функцију скупштине врши једини члан.⁷⁸⁰ Једина је обавеза да, при обављању функције скупштине, донете одлуке од стране јединог члана друштва буду констатоване у записнику, сачињеном у писаној форми. Ваља указати и на веома честу појаву да код једночланих друштава све функције органа одлучивања и заступања друштва обавља једини члан. Дакле, код једночланих друштава је много мање изражена одвојеност између управљачког и власничког ризика,⁷⁸¹ јер се најчешће онај који улаже у капитал друштва има одлучујући утицај и на одлучивање у друштву. Због таквих правних могућности дешава се и да друштво закључује разноврсне уговоре са јединим чланом. Иако је са правно-теоријског становишта, уистину, ова ситуација специфична, јер је фактички реч о склапању уговора са самим собом, ипак, „како је реч о различитим субјектима у праву, чини се да ово (закључење уговора јединог члана са друштвом) није искључено, под претпоставком да се не повређује клаузула сукоба интереса“.⁷⁸² Све наведено указује да су једночлана привредна друштва изложена већем степену ризика од злоупотребе правила о ограниченој одговорности јединог члана. Код ове форме организовања привредних друштава се најчешће може

⁷⁷⁸ В. F. Cataldo, *op. cit.*, 473.

⁷⁷⁹ М. Васиљевић (2011), стр. 49.

⁷⁸⁰ ЗОПД, чл. 198 ст. 2; Исто у: Дванаеста директива ЕУ, чл. 4.

⁷⁸¹ F. H. Easterbrook, D. R. Fischel, *op. cit.*, стр. 110.

⁷⁸² М. Васиљевић, В. Радовић, Т. Јевремовић Петровић, *Компанијско право Европске уније*, Београд, 2012, 217.

десити мешање идентитета друштва и његовог члана. Штавише, интерес друштва може бити подређен интересу јединог члана.⁷⁸³ Због тога се у овим друштвима потенцијално највише примењује установа пробијања правне личности.⁷⁸⁴ У праву Србије, ово посебно важи за форму друштва са ограниченом одговорношћу. Обесмишљавањем правила о минималном основном капиталу,⁷⁸⁵ као једном од правно могућих института заштите поверилаца,⁷⁸⁶ и значајним умањењем формализма почев од оснивања па надаље, повериоци друштва са ограниченом одговорношћу постају озбиљно изложени бројним видовима злоупотребе права. Међу облицима злоупотребе, свакако значајно место заузима повреда правила о ограниченој одговорности, нарочито код једночланих друштава са ограниченом одговорношћу.

2. Пробијање правне личности у једночланим привредним друштвима

Оправданост пробијања правне личности код једночланих привредних друштава нарочито је изражена. Већ је наглашено да је то посебно случај код форми друштава са ограниченом одговорношћу. У ситуацији када је једини члан овог друштва злоупотребио правило о ограниченој одговорности и тиме спречио повериоце друштва да своје потраживање наплате од самог друштва, примена института пробијања у потпуности остварује своју сврху.⁷⁸⁷ Пробијање правне личности тада постаје прихватљиво са аспекта било којег од постојећих теоријских приступа овој установи. Занемаривањем правила о ограниченој одговорности долази до злоупотребе права (теорија злоупотребе права), најчешће и стварања тзв. „јединствене економске заједнице“ (теорија економског јединства⁷⁸⁸). Може се, с правом, рећи и да је друштво представљало „чисту фасаду“ (теорија „фасаде“), или агента за остваривање интереса његовог јединог

⁷⁸³ О томе: Š. Ivanjko, „Suprotni ili jedinstveni interesi u trgovačkom društvu“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, Vol. 56, 2006, стр. 169-171.

⁷⁸⁴ *Ibid.*, стр. 215; Н. Јовановић (1995), стр. 882.

⁷⁸⁵ Одредбом чл. 145. ЗОПД-а (2011), прописано је да основни капитал друштва са ограниченом одговорношћу износи најмање сто динара, осим ако је посебним законом предвиђен већи износ основног капитала за друштва која обављају одређене делатности.

⁷⁸⁶ Т. Јевремовић Петровић (2011), 248-249.

⁷⁸⁷ Слично: С. S. Krendl, J. R. Krendl, *op. cit.*, стр. 31 – 34; при објашњавању случаја: *Edwards Company, Inc. v. Monogram Industries, Inc.*, 730 F.2d 977, 980-84 (5th Cir. 1984).

⁷⁸⁸ Т. Јевремовић Петровић (2014), стр. 422.

члана (теорија агента). Но, можда најсликовитији приказ односа друштва и његовог јединог члана, како у термиолошком тако и у садржинском смислу, дочарава теорија идентификације, која потиче из холандског права. Овом се теоријом сматра оправданим пробијање правне личности у ситуацији када се друштво и његов члан у потпуности „идентификују“ као јединствена целина.⁷⁸⁹ Поистовећивање друштва са личношћу члана је нарочито присутно у ситуацијама када је члан друштва физичко лице. Тада постаје препознатљиво поступање по систему „привредно друштво – то сам ја“, у оквиру којег се циљеви друштва у потпуности подређују интересима јединог власника. Привредно друштво је у том случају једино у функцији апарата, односно чистог инструмента за остваривање интереса његовог члана.⁷⁹⁰ У овим ситуацијама мешање имовина и извлачење средстава из имовине друштва су најчешћи појавни облици злоупотребе правила о ограниченој одговорности, јер се код једночланих друштава најчешће дешава да се имовина друштва третира као имовина његовог јединог члана.⁷⁹¹

Вредно је поменути да се, поред физичког лица, у функцији јединог члана друштва може наћи и правно лице. То, дакле, несметано може бити и привредно друштво. На тај начин, једночлано привредно друштво постаје подобно за остваривање циљева другог друштва, које њиме руководи. Практично може бити „продужена рука“ за задовољење интереса друштва које је његов једини члан. Апсолутним капитал учешћем друштва-члана у једночланом привредном друштву, долази до хијерархијског повезивања тих привредних друштава, у којој матично друштво (друштво-члан) потпуно доминира друштвом чији је једини члан.⁷⁹² Но, само постојање свеобухватне доминације друштва-члана над друштвом чији је члан, неће бити довољан аргумент за пробијање правне личности. Пробијање може уследити само уколико је ова доминација злоупотребљена и тиме повређено правило о ограниченој одговорности члана за обавезе друштва.

Код једночланих друштава у којима друштво-члан потпуно руководи другим друштвом, често се злоупотребе могу креирати тако што друштво-члан,

⁷⁸⁹ Слично: К. Vanderkerchove (2006), стр. 342; Т. Јевремовић Петровић (2014), стр. 423.

⁷⁹⁰ D. Millon, *op. cit.*, стр. 1332.

⁷⁹¹ Н. Gelb, „Limited Liability Policy and Veil Piercing“, *Wyoming Law Review*, No. 2/2009, стр. 557.

⁷⁹² О томе: В. Радовић (2014), стр. 275; Т. Јевремовић Петровић (2014), стр. 73.

ради изигравања својих поверилаца, извлачи средства и преноси на привредно друштво у коме има апсолутно учешће у капиталу. Некада се ова друштва и оснивају искључиво из поменутог разлога. Управо у тим моментима је од посебног значаја примена обрнутог пробијања (енгл. „*reverse piercing*“), путем којег једночлано привредно друштво може одговорати за учињену злоупотребу правила о ограниченој одговорности његовог члана, које, такође, има статус привредног друштва.⁷⁹³

Иначе, у праву Србије, обрнуто пробијање није могуће у случају када је једини члан друштва физичко лице. Уколико члан као физичко лице злоупотреби право на начин што део своје имовине пренесе на имовину друштва чији је он једини члан, таква околност не доводи до неограничене одговорности самог друштва за његове обавезе. Привредно друштво је самосталан и независан субјект права у односу на његовог јединог члана. Наш правни поредак у оваквим случајевима дозвољава да, путем правила о извршењу, повериоци своја потраживања, између осталог, наплате једино продајом удела који дужник има у привредном друштву.⁷⁹⁴ Поред тога, повериоцима физичког лица је доступна и правна заштита путем института ванстечајног побијања правних радњи⁷⁹⁵ и евентуално утврђивања релативне⁷⁹⁶ или апсолутне⁷⁹⁷ ништавости правног посла којим је извршено располагање у корист привредног друштва. Може се десити и ситуација да члан друштва, ради злоупотребе права, пренесе у друштво установљено заложно право, као вид обезбеђења потраживања једног или више поверилаца. У том случају ће, без обзира на извршен пренос у капитал привредног друштва, бити омогућено спровођење извршења на одређеној покретној или непокретној ствари која је чинила предмет обезбеђења, према правилима заложног права, а ради наплате потраживања једног или више обезбеђених поверилаца. Међутим, ни тада се не може говорити о обрнутом пробијању.

⁷⁹³ K. G. Bishop, „Reverse Piercing: A Single Member LLC Paradox“, *South Dakota Law Review*, 2009, стр. 230.

⁷⁹⁴ ЗИО, чл. 319-321.

⁷⁹⁵ ЗОО, чл. 280-285.

⁷⁹⁶ ЗОО, чл. 111-115.

⁷⁹⁷ ЗОО, чл. 103-110.

С друге стране, у ситуацији када члан друштва има својство привредног друштва, не постоје сметње за примену „обрнутог пробијања“ у српском праву. Наравно, његова примена условљена је испуњењем законских услова за примену овог правног института. Они се суштински односе на утврђење чињенице да је једини члан друштва, са статусом привредног друштва, ради изигравања својих поверилаца злоупотребио правило о ограниченој одговорности и пренео део или комплетну имовину на друштво чији је члан.

3. Проблеми стечајног пробијања код једночланих привредних друштава

С обзиром да се потреба за пробијањем правне личности у оквиру једночланих друштава капитала најчешће јавља код друштава са ограниченом одговорношћу, највише пажње ће бити посвећено стечајном пробијању код ове форме привредног друштва. Иако с једне стране, правило о „безначајном“ минимуму основног капитала нужном за оснивање ове форме привредног друштва мотивише инвеститоре на обављање привредне делатности,⁷⁹⁸ на другој страни отварају се врата за коришћење ових форми у „разноразне, манипулативне сврхе“.⁷⁹⁹ Но, иако је код једночланих друштава потреба за пробијањем правне личности најизраженија, примена овог правног института нимало није једноставна. Довитљивост учинилаца злоупотребе при разним видовима повреде правила о ограниченој одговорности, често их чини „недодирљивим“, посматрано са аспекта њихове одговорности за учињену злоупотребу. Изостанак адекватне санкције свакако је присутнији у правним системима које одликује одсуство снажног институцијалног оквира и непостојање традиције у примени разних инструмената заштите поверилаца, нарочито института пробијања правне личности. Међутим, понекад се дешава да и у развијеним правним системима институт пробијања правне личности не може ефикасно заштитити повериоце и

⁷⁹⁸ R. Brnabić, M. Inavčev, „Jednostavno društvo s ograničenom odgovornošću“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, br. 2/2014, стр. 450.

⁷⁹⁹ Наводи су преузети из уводне речи судије Мирослава Николића, председника Привредног апелационог суда, са отварања XXIV Саветовања судија привредних судова на Златибору, дана 06. септембар 2016. године. Уважени судија је приликом поменутог излагања нагласио да бројни „правни марифетлуци“, омогућени нарочито у формама друштава са ограниченом одговорношћу, доприносе настанку „ташна-машна“ предузећа, које у крајњем воде само злоупотреби циљева друштва због којих су наводно основани.

омогућити им да његовом применом дођу до својих средстава. То се најчешће осећа код форме једночланих друштава са ограниченом одговорношћу, где једини чланови друштва, ради потпуног изигравања поверилаца, не само да извлаче имовину из друштва, већ исту и „вишеструко“ преносе на друга, формално или неформално повезана лица. Уистину, институт пробијања овде постаје превише „скуп“ инструмент, чак и у случајевима када се посегне за „вишеструким“ пробијањем, односно пробијањем усмереним не само ка члану друштва, већ и лицима која су саучествовала у поступку злоупотребе права. Другим речима, тада трошкови пробијања постају исувише велики,⁸⁰⁰ а доказивање злоупотребе права након „вишеструког“ преноса имовине која је извучена из друштва бива отежано. Притом, у овим се ситуацијама често дешава да једини члан друштва нема значајну имовину из које се повериоци друштва могу наплатити. Због тога се правни интерес за пробијањем правне личности умањује, не само у оквиру „ванстечајног“, већ и стечајног пробијања. У овој се ситуацији препоручује примена превентивних средстава заштите, попут инструмената за обезбеђивање потраживања, нарочито када су у питању „вољни“ повериоци, односно, који су своје потраживање од друштва остварили на уговорној основи. Што се тиче заштите „невољних“ поверилаца, чија су потраживања проистекла из неуговорне одговорности друштва, препоручује се јачање контроле корпоративног управљања, као и афирмисање регулативе о осигурању друштва за различите облике одговорности. Ни евентуални успех у поступку пробијања код једночланог друштва не гарантује да ће повериоци своја потраживања у потпуности наплатити. Може се десити да имовина јединог члана друштва није довољна за намирење потраживања поверилаца који су остварили успех у спору. Овакав след догађаја је нарочито изгледан у случају успеха у поступку стечајног пробијања. Притом, последице немогућности намирења поверилаца једночланог друштва као стечајног дужника су посебно изражене у случају када једини члан друштва, чија имовина није довољна за намирење поверилаца стечајног дужника, има статус физичког лица. У овој ситуацији различита проблематика настаје код оних правних система који регулишу институт стечаја над имовином физичких лица, у односу на системе код којих ова стечајна материја није законски уређена. Тако,

⁸⁰⁰ S. Bainbridge (2005), стр. 102-103.

уколико имовина јединог члана, који је физичко лице, није довољна за измирење његових обавеза насталих због последица пробијања правне личности, у државно-правним порецима где је тзв. индивидуални стечај законски регулисан, може бити отворен стечајни поступак над имовином јединог члана, услед испуњења прописаних материјалних и формалних услова. По наступању последица отварања стечајног поступка према једином члану друштва, намирење потраживања поверилаца ће зависити искључиво од предвиђене стечајне регулативе.

Овде се може поставити питање да ли је могуће стечајне поступке материјално објединити и у ситуацији постојања истовременог стечајног поступка према привредном друштву и поступка над имовином његовог јединог члана који је физичко лице. Објективни разлози упућују на закључак да се, тренутно, ова идеја, нарочито са аспекта стечајног законодавства у Србији, може сматрати преамбициозном. То не значи да се њој, макар у теорији, не треба посветити посебна пажња. Тим пре што је у судској пракси развијених правних система, попут америчког, већ било примера материјалног обједињавања имовине привредног друштва и његовог јединог члана.⁸⁰¹ Међутим, још увек нема примера детаљног законског регулисања овог спорног питања. Имајући у виду тренутни стадијум развоја стечајног права и међусобне сарадње држава у овој области, може се рећи да још не постоје услови за детаљно уређивање стечајне консолидације у овом случају. Тим пре што доста правних система, попут српског, још увек нема ни прописе о стечају над имовином физичких лица. Ипак, као што се о питању стечајне консолидације данас увелико разматра у случајевима стечаја повезаних привредних друштава, логично је да ће уследити и разматрање овог питања. Предуслов за то јесте првенствено детаљно регулисање стечаја над имовином физичког лица. Други, знатно тежи задатак који се, такође мора испунити, јесте да у оквиру стечајног законодавства треба ускладити стечајни поступак привредних друштава и прописе о тзв. индивидуалном стечају, уз истовремено очување свих специфичности ових поступака.⁸⁰² Тек тада може

⁸⁰¹ О томе: Т. Graulich (2006), стр. 539 – 543.

⁸⁰² У свом закључном разматрању о тзв. индивидуалном стечају, В. Радовић истиче да је концепција потпуног изједначавања регулативе о стечају привредних друштава и физичких лица потпуно „погрешна и може само штетити стечајном праву. Одредбе о ослобађању од одговорности, изузимању од извршења и ограничењима стечајног дужника имају своје јасно

бити говора о стечајној консолидацији. Но, и тада, управо зарад опстанка специфичности наведених поступака, нарочито у оквиру стечаја над имовином физичког лица, реалније је предвидети само могућност тзв. „процесне координације“ (енгл. *procedural consolidation, procedural coordination, joint administration*).⁸⁰³ Под овим појмом се подразумевају бројни видови сарадње у оквиру стечајних поступака повезаних лица. Првенствено се подразумева координација у стечајним поступцима повезаних привредних друштава,⁸⁰⁴ мада, не постоји правна сметња да у будућности то буде случај и у оквиру стечајних поступака привредног друштва и са њим повезаног физичког лица. Иначе, путем процесне координације различитих стечајних поступака се не би дирало у материјална питања, већ би се омогућило само „јединствено управљање поступцима, тј. консолидација процесног аспекта стечаја“.⁸⁰⁵ Под тим се подразумевају различити механизми сарадње. Од више различитих, попут омогућавања размене информација међу органима стечајних поступака, као најзначајнији механизам се свакако издваја могућност именовања истог стечајног управника.⁸⁰⁶ На тај начин би заштита поверилаца привредног друштва била употпуњена, јер би се процесном сарадњом, којом би координирао један стечајни управник, могле успешније ануирати последице злоупотребе правила о ограниченој одговорности јединог члана друштва, чак и у случају тзв. „вишеструког пробијања“. Но, до овог стадијума развоја стечајне регулативе правном систему Србије претходи далек пут, праћен превасходно испуњењем правних, економских и, уопште, друштвено-политичких услова за законску регулацију стечаја над имовином физичких лица. Управо немогућност отварања стечајног поступка над имовином физичког лица има за последицу да се не може у потпуности применити описани модел стечајног пробијања путем декларативне тужбе. Све док о питању правног регулисања тзв. индивидуалног стечаја постоји

опређене функције и свака од њих игра значајну улогу у промовисању модерних тенденција у индивидуалном стечају“. Видети: В. Радовић (2006), стр. 306.

⁸⁰³ У српској правној литератури, тзв. „процесну координацију“ стечајних поступака, дефинише и детаљно анализира: В. Радовић (2014), стр. 286.

⁸⁰⁴ *Ibidem*.

⁸⁰⁵ *Ibidem*.

⁸⁰⁶ *Ibid.*, стр. 287. Слично: J. Hightower, „The Consolidation of the Consolidations in Bankruptcy“, *Georgia Law Review*, 2003, стр. 469–470.

правна празнина, овај модел стечајног пробијања би евентуално могао бити примењен само у случају стечаја повезаних привредних друштава.⁸⁰⁷

Отуда се може закључити да је, макар за сада, у праву Србије, након успеха у спору поводом пробијања правне личности, једино могуће остварити наплату потраживања применом правила о индивидуалном извршењу на имовини члана. Такав систем није савршен. То показују практични примери у којима је једини члан друштва, након учињене злоупотребе правила о ограниченој одговорности, даљим манипулативним радњама своју имовину пренео на трећа лица и практично спречио повериоце друштва да из ње наплате потраживања. Притом, због високих трошкова за анулирање последица ових манипулативних радњи, повериоци бивају мање мотивисани за тзв. „вишеструко“ пробијање и према посредним учиниоцима злоупотребе. Ипак, то не умањује значај института пробијања правне личности једночланог друштва, било кроз „ванстечајно“ или стечајно пробијање. Аргументација којом се оправдава постојање овог правног института засигурно претеже над указаним проблемима, који су објективно присутни при његовој практичној примени код једночланих друштава. Због тога се може рећи да ће његова примена бити сврсисходна у свакој ситуацији када се процени да се од члана друштва може остварити корист и на тај начин умање последице учињене злоупотребе правила о ограниченој одговорности.

⁸⁰⁷ D. G. Baird, *op. cit.*, стр. 5; R. Schupp, *op. cit.*, стр. 418 – 419.

СТЕЧАЈНО ПРОБИЈАЊЕ ГРУПЕ ПРИВРЕДНИХ ДРУШТАВА

1. Опредељење за појам „група привредних друштава“

Ширењем тржишта и развојем међународне трговине узрокована је потреба за међусобним повезивањем привредних друштава. Стварањем чвршћих веза међу више привредних друштава омогућује се ефикасније деловање на ширем простору.⁸⁰⁸ Посебно се на овај начин превазилазе бројне препреке, праћене специфичностима прекограничног деловања.⁸⁰⁹ Уштеда трошкова, подела ризика,⁸¹⁰ контрола информација а самим тим и пословања, могућност остваривања пореских олакшица, као и стварање јачег „психолошког ефекта“ у односу на конкуренцију, представљају само неке од предности међусобног повезивања привредних друштава.⁸¹¹ Устаљен је начин повезивања међу друштвима путем капитал учешћа.⁸¹² На тај начин настају тзв. друштва повезана капиталом,⁸¹³ од којих једно друштво (матично, контролно), остварује контролу над другим друштвом (зависно, контролисано) или више њих, а по основу одређеног учешћа у његовом капиталу. Под контролом се подразумева способност једног лица да, „директно или индиректно, врши утицај на пословање другог лица“, ⁸¹⁴ у смислу „управљања, надзора или власничке контроле“. ⁸¹⁵ Успостављањем контролног утицаја у овим сегментима ствара се хијерархијски устројена структура између матичног и зависног друштва, односно више њих. Осим путем капитала, привредна друштва могу да се повезују и разним уговорима (друштва повезана уговором), а могуће је и њихово комбиновано повезивање

⁸⁰⁸ Слично: J. Landers, „A Unified Approach To Parent, Subsidiary and Affiliate Questions in Bankruptcy“, *The University of Chicago Law Review*, No. 4/1975, стр. 619; J. Landers, „Another word on Parents, Subsidiaries and Affiliates in Bankruptcy“, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 43, 1976, стр. 527-528; R. Pennington, *op. cit.*, стр. 968-973.

⁸⁰⁹ Више о томе: Т. Јевремовић Петровић (2014), стр. 36.

⁸¹⁰ Детаљније: Р. Mennell, „Liability of Parent Corporations for Hazardous Waste Cleanup and Damages“, *Harvard Law Review*, Vol. 99, 1986, стр. 992-996.

⁸¹¹ *Ibid.*, стр. 30 – 37; М. Васиљевић (2011), стр. 494.

⁸¹² В. Радовић (2014), стр. 275; М. Васиљевић (2011), стр. 498 – 504; Т. Јевремовић Петровић (2014), стр. 74.

⁸¹³ ЗОПД, чл. 549 ст. 1 тач. 1.

⁸¹⁴ В. Радовић (2014), стр. 275.

⁸¹⁵ Т. Јевремовић Петровић (2014), стр. 70-71.

путем капитала и уговора (мешовито повезана друштва).⁸¹⁶ Отуда је, како са становишта компанијске регулативе, тако и за потребе стечајног права,⁸¹⁷ прихватљиво поимање повезаних друштава кроз успостављање повезаности у оквиру које се матичном (контролном) друштву омогућава остваривање контролног утицаја на пословање једног или више зависних (контролисаних) друштава, путем капитал учешћа, уговорног повезивања или њиховом комбинацијом. Но, уз појам повезаних друштава, у правној литератури и пословној пракси, сусреће се и термин „групе привредних друштава“. Овај се термин често користи паралелно са термином „повезана друштва“, а некада им се придаје и истоветан смисао.⁸¹⁸ Такав приступ, у терминолошком и појмовном смислу, доводи до недоумица. Поставља се питање да ли се ради о једном појму који се различито терминолошки објашњава или се ради о различитим појмовима дефинисаним различитим терминима. Одговор се може пронаћи једино кроз тумачење појма „групе привредних друштава“. Једна од најдоследнијих анализа појма групе привредних друштава, резултирала је закључком да: „уопштено, у дефинисању групе се редовно срећу следеће околности: 1) два или више правно самосталних друштава; 2) повезана друштва, 3) начин повезивања; 4) постојање економског јединства или целине; 5) јединствена управа; 6) контрола и 7) однос зависности.“⁸¹⁹ Узимањем у обзир ових околности, извршена је и дефиниција групе према следећем: „групу чине два или више правно самосталних и повезаних друштава, тако да представљају економско јединство тиме што су подвргнута под јединствену управу путем контроле над једним или више других друштава“.⁸²⁰ Овој дефиницији се једино може приговорити у делу у коме се инсистира на термину „јединствена управа“. Таква појмовна конструкција, у језичком смислу, може упутити на погрешан закључак да је за постојање групе друштава нужно да управа у свим друштвима која чине групу мора бити састављена од истоветних лица, или да постоји један орган управе за сва друштва у групи. Због тога је можда језички прецизније остати при ставу да је за постојање групе друштава неопходно „координисано управљање активностима свих друштава као

⁸¹⁶ ЗОПД, чл. 549 ст. 1 тач. 2 и 3.

⁸¹⁷ В. Радовић (2014), стр. 277.

⁸¹⁸ Т. Јевремовић Петровић (2014), стр. 67.

⁸¹⁹ *Ibid.*, стр. 71.

⁸²⁰ *Ibid.*, стр. 124.

целине“,⁸²¹ јер, контролни утицај у групи не мора бити непосредно изражен. Довољно је и постојање фактичке контроле, којом се управљање међу члановима групе може координисати на посредан начин. Међутим, оно што засигурно „групу привредних друштава“ издваја од других повезаних лица јесте „постојање економског јединства или целине“.⁸²² Тако група привредног друштва са становишта права представља скупину привредних друштава са одвојеним правним субјективитетима, док са економског аспекта чини „јединствену економску заједницу“ (енгл. *single economic unit*).⁸²³

При дефинисању појма групе друштава ваља указати и на правну нелогичност постојану у српском позитивном законодавству. Наиме, код регулисања врста повезаних друштава, направљена је разлика између: групе друштава (концерна), холдинга и друштава са узајамним учешћем у капиталу.⁸²⁴ Отуда произлази да повезивањем у холдинг или у друштва повезана учешћем у капиталу, није могуће оформити групу привредних друштава. Такав приступ није оправдан, нити је прихваћен са становишта правне теорије,⁸²⁵ а ни из угла пословне праксе. И холдинг, као и друштва повезана узајамним учешћем у капиталу могу функционисати као „јединствена економска целина“ са координисаном управом, односно могу представљати једну врсту групе.

На крају, пракса показује да се под појмом групе привредних друштава издвајају превасходно повезивања друштава капитала. Принцип ограничене одговорности чланова за обавезе друштва, уз обавезно постојање његовог правног субјективитета, чине предуслове без којих постојање и функционисање групе друштава практично није замисливо.

С правом се може рећи да је појам повезана друштва, дакле, шири од појма групе.⁸²⁶ Група чини скуп друштава које чине једно економско јединство, док код

⁸²¹ *Ibid.*, стр. 77. И сама ауторка Т. Јевремовић Петровић, користи термин „координисано управљање“, при упућивању на: Р. Blumberg, *The Multinational Challenge to Corporation Law: The Search for the New Corporate Personality*, Oxford University Press, New York – Oxford, 1993, стр. 113. Међутим, доцније се опредељује за израз „јединствена управа“.

⁸²² *Ibid.*, стр. 76-77.

⁸²³ J. Dine, *The Governance of Corporate Groups*, Cambridge University Press, New York, 2000, стр. 42-43.

⁸²⁴ ЗОПД, чл. 550.

⁸²⁵ Т. Јевремовић Петровић (2014), стр. 165.

⁸²⁶ *Ibid.*, стр. 69.

повезаних друштава то не мора бити случај. Међутим, постојање овог „економског јединства“ не значи да концепт „групе“ не прате одређени недостаци. Напротив, повезивање друштва у групе прате изузетно сложени правни проблеми. Пре свега, како група не представља посебан правни ентитет, већ скуп независних друштава, то у групи ваља пажљиво одмерити економски интерес групе, који не сме бити супротстављен појединачним, индивидуализованим циљевима сваког њеног члана. Посебно се истиче сукобљеност интереса матичног и зависног друштва. Помирење појединачних интереса чланова групе, нарочито матичног и зависног друштва или више њих, са колективним интересом саме групе није нимало лак задатак. Притом, супротстављени интереси се јављају „не само у међусобним односима групе и њених чланица, односно чланица међусобно, већ и на нивоу сваког друштва појединачно“.⁸²⁷ Наиме, свако појединачно друштво одликује вишеслојност интереса које постоје у њему самом, и њихова испреплетаност. У питању су интереси акционара (чланова), поверилаца, запослених, управе,⁸²⁸ потом интереси самог друштва и интереси друштва у социолошком смислу (интерес државе).⁸²⁹

Дакле, за правноваљано функционисање групе друштава треба ускладити вишеслојне интересе у сваком друштву које је члан групе, потом и интересе међу самим члановима групе, посебно интересе матичног и зависних друштава. У том настојању се, притом, не смеју повредити два основна постулата сваког члана групе појединачно: њихов правни субјективитет и правило о ограниченој одговорности сваког члана групе. Иако је испуњење наведених услова правно могуће, реалност показује да се у пракси често ови поступци у оквиру група друштава злоупотребљавају, чиме се наноси знатна штета трећим лицима, преваходно повериоцима појединих чланова групе. То се нарочито дешава у ситуацијама када матично друштво, зарад избегавања негативних последица свог пословања, злоупотреби правило о ограниченој одговорности зависног члана групе. Због тога пробијању правне личности међу групама привредних друштава, које одликују одређене специфичности, ваља посветити посебну пажњу.

⁸²⁷ *Ibid.*, стр. 39.

⁸²⁸ О интересу управе, видети: М. А. Eisenberg, „Self-Interested Transactions in Corporate Law“, *Journal of Corporation Law*, 1988, стр. 998-1000.

⁸²⁹ М. Васиљевић (2007), стр. 55-65.

2. Посебност услова за пробијање правне личности у односу на групе

Насупрот још увек доминантном, индивидуалистичком приступу компанијског права,⁸³⁰ у коме је принцип самосталности привредног друштва неприкосновен, све више се говори о посматрању групе привредних друштава као правне целине. Посматрање групе као јединственог „ентитета“ видљиво је у оквиру рачуноводствених прописа,⁸³¹ праву конкуренције,⁸³² регулативи о радноправним односима, берзанском праву,⁸³³ корпоративном управљању,⁸³⁴ а нарочито у оквиру пореског права.⁸³⁵ Дакле, све је више уочљива потреба да у појединим областима права, код сукоба правног (субјективитет) и фактичког (економско јединство), каткад ваља одступити од „правне ортодоксности“ и дати предност фактичком стању.⁸³⁶ Но, оваква одступања нису могућа у погледу правног субјективитета друштава која послују у групи. Привредна друштва остају независни и самостални правни субјекти.⁸³⁷ Међутим, без обзира на независност правног субјективитета чланова групе, не може се оспорити да се интегрисањем у групу афирмише јединствени економски „интерес групе“.⁸³⁸ Због тога се незаобилазним елементом групе сматра постојање „економског јединства

⁸³⁰ Т. Јевремовић Петровић (2014), стр. 44.

⁸³¹ Поред упоредноправне регулативе, и према српским рачуноводственим прописима предвиђена је обавеза састављања консолидованих финансијских извештаја од стране повезаних правних лица. Видети: ЗОР, чл. 27.

⁸³² Т. Јевремовић Петровић (2014), стр. 45.

⁸³³ М. Васиљевић, „Субјективитет групе друштава („интерес групе“ – стварност и/или фикција)“, *Радни материјал са XXIII саветовања судија привредних судова Републике Србије*, Привредни апелациони суд, 2015, стр. 71.

⁸³⁴ J. Dine, *op. cit.*, 37-67.

⁸³⁵ Интересантно је поменути да је у оквиру пореског права све присутније разматрање о питању пробијања правне личности у тој правној области. О томе: Е. Ferran, L. Chan Ho, *Principles of Corporate Finance Law*, Oxford University Press, стр. 13-35; Н. Arbutina, „Један напор за постигнуће хармонизације опорезивања добити у Европској унији: Директива о матичном и зависном друштву“, *Годишњак Академије правних знаности Хрватске*, Vol. 1, br. 1/2010, стр. 73-92; Н. Žunić Kovačević, S. Gadžo, „Institut zakonskog poreskog jamstva nakon novele Općeg poreskog zakona 2012.: „proboj правне osobnosti“ трговачких друштава у случају злоупотребе права“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, br. 1/2013, стр. 393-394.

⁸³⁶ М. Васиљевић (2015), стр. 70.

⁸³⁷ D. S. Bakst, „Piercing the Corporate Veil for Environmental Torts in the United States and the European Union: The Case for the Proposed Civil Liability Directive“, *Boston College International & Comparative Law Review*, Vol. 19, No. 2/1996, стр. 324.

⁸³⁸ М. Васиљевић (2015), стр. 79-81.

групе“,⁸³⁹ на основу којег група постаје „јединствена економска унија“ или тзв. „јединствени предузетнички ентитет“ (енгл. *single business enterprise*).⁸⁴⁰

Постојање поменутог „јединственог предузетничког ентитета“ је са аспекта изучавања института пробијања правне личности нарочито значајно, пошто је у упоредном праву, нарочито америчком, постојало становиште да само постојање овог „ентитета“ оправдава пробијање правне личности.⁸⁴¹ Образложење наведеног става заснивано је на наводима да постојање „јединственог предузетничког ентитета“ код групе привредних друштава, у својој суштини потврђује постојање „неадекватне капитализације“ чланова групе.⁸⁴² На тим основама је и изграђен став да повериоци своја потраживања могу наплатити од других чланова групе привредних друштава, уколико су чланови групе функционисали удружено и били конституисани као један „предузетнички ентитет“ (енгл. *enterprise entity*).⁸⁴³ Даље се образлаже и да установљавањем тако повезаних односа међу друштвима допринело би закључку да зависно друштво представља „инструмент“ за остваривање интереса матичног друштва.

Наведено становиште, међутим, није широко прихваћено, не само у правној литератури већ и у америчкој судској пракси. Потпуно је устаљено уверење да постојање „интереса групе“, па самим тим ни „јединственог предузетничког ентитета“, не може представљати довољан разлог за пробијање правне личности, односно установљавање неограничене одговорности матичног друштва за обавезе зависног, или више њих.⁸⁴⁴ Наиме, треба поћи од претпоставке

⁸³⁹ Т. Јевремовић Петровић (2014), стр. 76.

⁸⁴⁰ У енглеском праву за овај појам је устаљен израз „*single economic unit*“, док се у америчком праву овом појму прилази путем тзв. „*single business enterprise*“ теорије. О енглеском правном приступу видети: J. Dine, *op. cit.*, стр. 42; S. Goulding, *op. cit.*, стр. 78; V. Finch, *Corporate Insolvency Law – Perspectives and Principles*, Cambridge University Press, New York, 2009, стр. 590. У америчком праву ово питање разматра: A. Berle, *op. cit.*, стр. 343-348; S. B. Presser, *op. cit.*, стр. 67-86; D. Gabrelli, „The Case Against „Outsider Reverse“ Veil Piercing in Company Law“, *Journal of Corporate Law Studies*, 2010, 365-366; E. Miller, „Governing Persons and Owners in Action: Liability Protection and Piercing the Veil of Texas Business Entities“, *State Bar of Texas – Essentials of Business Law*, 2014, стр. 5-7, извор: <http://www.baylor.edu/law/facultystaff/doc.php/219169.pdf> (сајт посећен 18. септембра 2016. године).

⁸⁴¹ A. Berle, *op. cit.*, стр. 343-352.

⁸⁴² *Ibidem*.

⁸⁴³ *Ibidem*.

⁸⁴⁴ E. Miller, „Owner Liability Protection and Piercing the Veil of Texas Business Entities“, *Dallas Bar Association – Tax Section*, 2012, стр. 4, www.baylor.edu/content/services/document.php/187922.pdf (сајт посећен 15. октобра 2016. године). Аутор упућује на одлуку Врховног суда Тексаса у спору: *SSP Partners v. Gladstrong Investments (USA) Corporation*, 275 S.W.3d 444 (Tex. 2008).

да „интерес групе“ по природи ствари, у већини случајева, подразумева постојање контролног односа између матичног и зависног друштва. То би даље значило да постојање интензивног контролног утицаја према зависном друштву, које доприноси стварању „интереса групе“ у суштини представља главни узрок пробијања правне личности матичног друштва. Водећи се таквом логиком значило би да сваки контролни утицај у друштву, не само када је контролни члан правно лице већ и у случајевима када је у питању члан који је физичко лице, води неограниченој одговорности за обавезе друштва. Евидентно је да се таква тврдња противи основним принципима функционисања друштава капитала, јер се на тај начин грубо нарушава правило о ограниченој одговорности, које уз принцип правне самосталности, представља темељно начело њиховог устројства. С друге стране, поставља се питање, шта у суштини представља „интерес групе“. Да ли се под овим појмом посматра интерес групе као целине или се група користи зарад остваривања интереса матичног (контролног) друштва, док су остала друштва чланови групе подређена остваривању тог интереса.⁸⁴⁵ Следствено наведеном, примена института пробијања је једино могућа у случају када друштва чланови групе представљају „инструмент“ за задовољење интереса матичног друштва.

Дакле, пробијање правне личности се, код друштава која чине део групе, оправдава само у случају када „интерес групе“ буде злоупотребљен, односно када се зарад остваривања „интереса групе“ или неког од чланова групе, злоупотреби правило о ограниченој одговорности другог члана групе. Дакле, постојање злоупотребе поменутог правила, уз утврђени „интерес групе“ и контролни утицај према члановима групе, чини обавезан услов за примену института пробијања правне личности. Тек се тада зависно друштво може третирати као „*alter ego*“ или „инструмент“ матичног друштва у оквиру групе. Отуда је могуће закључити да је постојање „предузетничког ентитета“ или „економског јединства“, реално очекивати у оквиру групе привредних друштава. Његово постојање представља само помоћни елемент за примену института пробијања.⁸⁴⁶ Примена института пробијања према друштвима члановима групе је могућа само уколико је, зарад остваривања „интереса групе“, злоупотребљено правило о ограниченој

⁸⁴⁵ Уколико је матично друштво једночлано, може се говорити и о остваривању интереса његовог власника, односно „власника групе“.

⁸⁴⁶ S. B. Presser, *op. cit.*, стр. 84.

одговорности неког члана који чини део групе, или је злоупотреба овог правила уследила у сврси остваривања „интереса групе“. Због тога се оправдава становиште, већ широко прихваћено у америчком праву,⁸⁴⁷ а све више и у другим правним системима, да приликом оцене основаности захтева за пробијање правне личности ваља истовремено ценити више фактора који могу водити закључку да је „интерес групе“ злоупотребљен. У том смислу прихватљиво је, слично тесту Фредерика Пауела у америчком праву,⁸⁴⁸ при одлучивању о пробијању правне личности међу члановима групе, а нарочито матичног друштва, превасходно обратити пажњу на суштину повезаности и ваљаност „интереса групе“ као целине. То је могуће постићи пажљивим одговорањем на следећа питања: да ли матично друштво остварује доминантан контролни утицај на све или већину друштва чланова групе;⁸⁴⁹ да ли постоји истоветност органа управљања; да ли постоји одвојеност запослених лица; да ли међу члановима групе постоји уредна пословна документација сваког члана групе; да ли је капитал зависног друштва осетно неадекватан; да ли матично друштво исплаћује зараде и друге трошкове или накнађује губитак зависном друштву; да ли зависно и матично друштво имају заједничке пословне циљеве или матично друштво користи зависно зарад остварења искључиво сопствених, нелегитимних циљева; да ли зависно друштво има сопствене изворе финансирања; да ли је зависно друштво представљено као део система матичног друштва; да ли матично друштво користи имовину зависног као своју; да ли органи управе и власници матичног друштва својим радњама угрожавају самосталност зависног друштва; да ли матично друштво користи зависно како би се изиграо закон; да ли матично друштво умањује имовину зависног друштва; да ли се зависно друштво користи као продужено средство матичног друштва за вршење злоупотреба, независно од могућности настанка неоправданих губитака по зависно друштво. Тек након одговора на сва или већину од постављених питања и стварања комплетног утиска о односима између

⁸⁴⁷ *Jackson v. General Elec. Co.*, 514 P.2d 1170, 1172-1173 (Alaska 1973); *Miller v. Tony and Susan Alamo Foundation*, 924 F.2d 143, 145 – 146 (8th Cir. 1991); *Associated Vendors, Inc. v. Oakland Meat Co.*, 210 Cal. App. 2d 825, 26 Cal. Rptr. 806, 813 (1st Dist. 1962); *U.S. v. Van Diviner*, 822 F.2d 960 (10th Cir. 1987); *Skidmore, Owings & Merrill v. Canada Life Assur. Co.*, 907 F.2d 1026, 10278 (10th Cir. 1990); *Dania Jai-Alai Palace, Inc. v. Sykes*, 425 So. 2d 594 (Fla. Dist. App. 4th Dist. 1982).

⁸⁴⁸ S. B. Presser, *op. cit.*, стр. 41-44.

⁸⁴⁹ Више о томе: W. Rands, „Domination of a Subsidiary by a Parent“, *Indiana Law Review*, Vol. 32, 1999, стр. 449-454.

матичног и зависних друштава,⁸⁵⁰ могуће је прецизније утврдити да ли је у конкретном случају ваљано усвојити захтев за пробијање правне личности међу члановима групе друштава или не.

3. „Заједнички стечај“⁸⁵¹ друштава у групи

Све је више полемика у правној литератури, а често и у судској пракси, о питању „да ли група као целина може бити субјект стечајног поступка“.⁸⁵² Најдаље је у том правцу одмакла регулатива Новог Зеланда, а потом и Републике Ирске, у оквиру којих се може говорити о „стечају групе“ као целине (енгл. *pooling of assets*),⁸⁵³ а не „заједничком стечају друштава у групи“.⁸⁵⁴ Наиме, према регулативи Новог Зеланда „стечај групе“ може бити спроведен уколико суд, на захтев стечајног управника, повериоца или чланова друштва, утврди да би то било „праведно, одн. правично“ (енгл. *just and equitable*). Тада је могуће да суд нареди да привредно друштво које је, или које је било повезано са друштвом у стечају, одговара за део или све обавезе друштва у стечају.⁸⁵⁵ Исто наређење суда може уследити и у случајевима када су два или више друштава у стечају.⁸⁵⁶ Овако дефинисаном регулативом остављена су велика дискрециона овлашћења суду да процени када је „правично“ да спроведе јединствени стечај међу повезаним друштвима.⁸⁵⁷ Како би овај критеријум „правичности“ био одређенији, предвиђено је да ће суд, приликом одлучивања о његовом постојању имати у

⁸⁵⁰ Слично: С. S. Krendl, J. R. Krendl, *op. cit.*, стр. 16. Наведени аутори посматрају тестове за испуњеност услова за пробијање правне личности повезаних друштава, формулисаних од стране Фредерика Пауела („*alter ego*“ тест, тест „неправде“ и тест „неоправданог губитка“), толико повезаним, да их ваља посматрати као јединствену целину.

⁸⁵¹ Заслуге за формулисање термина „заједнички стечај“ у српској правној литератури припадају Татјани Јевремовић Петровић. Видети: Т. Јевремовић Петровић (2014), стр. 384. Сличну терминологију, попут „стечаја групе“, користи: М. Васиљевић (2015), стр. 75.

⁸⁵² Т. Јевремовић Петровић (2014), стр. 384.

⁸⁵³ Првобитно је овај правни институт регулисан у праву Новог Зеланда 1980. године. У оквиру позитивноправне регулативе Новог Зеланда овај је институт регулисан у: *Companies Act 1993 (NZ)*, ss 271(1)(a). За ирско право видети: *Companies Act 1990 (Irish Statute Book)*, ss 140 – 1.

⁸⁵⁴ Т. Јевремовић Петровић (2014), стр. 390.

⁸⁵⁵ *Companies Act 1993 (NZ)*, ss 271(1)(a)(i).

⁸⁵⁶ *Companies Act 1993 (NZ)*, ss 271(1)(a)(ii).

⁸⁵⁷ J. H. Farrar, „Piercing the Corporate Veil in Favour of Creditors and Pooling of Groups – a Comparative Study“, *Bond Law Review*, 2013, стр. 35. Слична дискрециона овлашћења предвиђена су и у оквиру ирског права, у случају када су два или више повезаних привредних друштава у стечају.

виду: у којој су мери повезане компаније учествовале у управљању другог члана групе у стечају, понашање повезаног друштва према повериоцима другог члана групе у стечају, у којој се мери околности које су довеле до ликвидације могу довести у везу са деловањем повезаних друштава, као и друга питања која суд сматра потребним.⁸⁵⁸ Иако је на овај начин покушано да се сузи круг околности који може упућивати да би стечај групе био „правичан“, мора се признати да то није довољно. И поред наведеног настојања, остају широка овлашћења суду да у сваком конкретном случају процењује постојање овог критеријума. Такав приступ засигурно штети правој сигурности.

Због тога у већини других правних система, међу које спада и правни систем Србије, није уобичајено говорити о „стечају групе“, већ „заједничком стечају друштава у групи“.⁸⁵⁹ Чак и поред признавања одређеног, „стечајног субјективитета групе друштава“,⁸⁶⁰ „група као целина не може да буде субјект стечајног поступка“.⁸⁶¹ Правно је могућ само заједнички стечај више друштава, који би могао бити објашњен кроз постојање утицаја „стечаја неког од друштава у групи на остала друштва из групе“.⁸⁶² Овај утицај може бити усмерен на процесну консолидацију у оквиру стечајних поступака међу члановима групе или чак на материјално обједињавање имовина чланова групе друштава у јединствену стечајну масу. Како би описани видови сарадње били оствариви, нарочито по питању материјалног обједињавања, нужно је правилно разрешити две основне контроверзе које прати регулисање стечаја повезаних друштава. Прва се односи на „проналажење мере између два супротстављена принципа: принципа одвојених правних субјективитета повезаних друштава и принципа јединства групе“.⁸⁶³ Ком од ова два принципа дати предност, и у којим ситуацијама би се могло сматрати „правичним“ да се одступи од правне ортодоксности самосталног субјективитета привредног друштва и приклони заједничком стечају више повезаних друштава у оквиру групе. У америчкој судској пракси је, иначе, идентификовано неколико

⁸⁵⁸ *Companies Act 1993 (NZ)*, ss 272.

⁸⁵⁹ Т. Јевремовић Петровић (2014), стр. 384.

⁸⁶⁰ М. Васиљевић (2014), стр. 74.

⁸⁶¹ Т. Јевремовић Петровић (2014), стр. 384. Слично: М. Јовановић Zattila, В. Чоловић, *Стечајно право*, Београд, 2007, стр. 40.

⁸⁶² Т. Јевремовић Петровић (2014), стр. 385.

⁸⁶³ *Ibidem*.

фактора који утичу на одлучивање о материјалном обједињавању имовина повезаних друштава. Први фактор односи се на утврђивање чињенице да ли су се повериоци опходили ка групи друштава као према тзв. „јединственој економском ентитету“ и да ли су се „при одобравању кредита“, односно у време настанка потраживања, водили одвојеним субјективитетом поједичаних друштава у оквиру групе или не.⁸⁶⁴ Други фактор који оправдава материјално обједињавање се препознаје кроз одговор на питање, да ли је пословање међу члановима групе друштава били толико испреплетано да ће обједињавање (консолидација) бити од користи за све повериоце.⁸⁶⁵ Ова ситуација се превасходно односи на мешање имовина међу друштвима члановима групе, а потом и других сегмената пословања. Тада је материјално обједињавање оправдано у оним ситуацијама када би користило свим повериоцима, односно када је „размршавање“ имовина готово немогуће или тако скупо да је просто неисплативо.⁸⁶⁶ Трећи фактор који је од значаја за одлучивање о материјалном обједињавању односи се на разматрање питања да ли је било злоупотребе средстава неког члана групе у корист другог члана групе друштава.⁸⁶⁷ Овде се узимају у обзир околности плаћања дугова другог члана групе, куповина имовине за другог члана групе, коришћење имовине другог члана групе без накнаде, пренос имовине без накнаде, међусобне трансакције чланова групе изнад или испод тржишне цене, прекомерне исплате зарада и накнада члановима управе, формирање трансферних цена супротно тзв. принципу „ван дохвата руке“ (енгл. *arms-length terms*),⁸⁶⁸ као и преварне трансакције. Четврти фактор односи се на уопштenu констатацију да се материјално обједињавање оправдава уколико зависно друштво представља „*alter ego*“ матичног друштва.

⁸⁶⁴ J. H. Farrar, „Piercing the Corporate Veil in Favour of Creditors and Pooling of Groups – a Comparative Study“, стр. 50.

⁸⁶⁵ *Ibid.*, стр. 51.

⁸⁶⁶ *Ibidem*. Аутор J. H. Farrar упућује на одлуку суда у спору: *Re Augie v. Restivo Banking Co.*, 860 F 2d 515 (2nd Circ 1988).

⁸⁶⁷ *Ibid.*, стр. 52.

⁸⁶⁸ Трансферне цене су цене настале трансакцијом средствима или стварањем обавеза међу повезаним лицима. Код трансферних цена се у билансима стања посебно исказује вредност трансакција међу повезаним лицима по овим ценама и вредност таквих или сличних трансакција које би се оствариле на тржишту да се није радило о повезаним лицима (принцип „ван дохвата руке“). Уколико се утврди разлика између трансферне цене и тржишне цене, у пореском билансу повезаних лица је могуће утврдити ваљану пореску основицу. Отуда је могуће закључити да је сврха принципа „ван дохвата руке“, да се спречи вештачко смањивање пореске основице. О томе: М. Васиљевић (2015), стр. 72-73.

Довођењем у везу описаних фактора који оправдавају стечајну консолидацију, са приличном сигурношћу је могуће закључити да успех у поступку пробијања правне личности засигурно чини „правичним“ да имовина члана групе одговорног за злоупотребу правила о ограниченој одговорности буде обједињена са чланом или члановима групе у којима је наведена злоупотреба учињена. Тако се може рећи да успех у поступку стечајног пробијања правне личности представља довољан разлог који оправдава спровођење заједничког стечаја, и то не само у виду процесне консолидације, већ првенствено у погледу материјалног обједињавања имовина повезаних лица. Наравно, пробијање правне личности не представља и једини разлог за спровођење заједничког стечаја међу члановима групе, али свакако један од најчешћих и оних који засигурно оправдавају примену института материјалног обједињавања.

Глава XIII

ТЕНДЕНЦИЈЕ РАЗВОЈА ИНСТИТУТА СТЕЧАЈНОГ ПРОБИЈАЊА

1. Афирмација института стечајног пробијања на међународном плану

Изражена тенденција глобализације привредних друштава у савременом пословању, нарочито у погледу њиховог прекограничног повезивања, допринела је све већој посвећености питањима везаним за стечај повезаних друштава. Регулисање ових спорних и сложених питања није садржано само у актима које карактерише формалноправна обавезност, већ и у одређеним препорукама међународних организација и стручних група, које снагом својих аргумената остварују значајан утицај на развој националних правних система. Отуда се о њима говори као својеврсном виду међународног меког права. У контексту ових прописа, препорука и стручних мишљења ваља посматрати и везу стечаја повезаних друштава са развојем института пробијања правне личности.

Велико признање за развој и унификацију међународног стечајног права уопште, а посебно за афирмацију стечаја повезаних друштава, заслужује Комисија за међународно трговинско право Уједињених нација (UNCITRAL). У оквиру деловања ове Комисије, превасходно ваља издвојити неколико донетих докумената. Први је свакако UNCITRAL Модел-закон о прекограничној инсолвентности из 1997. године,⁸⁶⁹ чији циљ, додуше, није непосредно усмерен на унификацију међународног стечаја, већ прекограничној сарадњи стечајних органа. Посебан акценат је стављен на учешће страних поверилаца пред домаћим судом и изједначавање положаја са домаћим повериоцима,⁸⁷⁰ признање страних стечајних поступака,⁸⁷¹ као и координисање међу конкурентним поступцима. Но, иако Модел-закон „експлиците не помиње материју стечаја повезаних друштава“, ⁸⁷² његов превасходни значај огледа се у томе што је препозната нужност примене начела универзалности у већој мери у односу на начело територијалности. Иначе, начело универзалности има специфичан положај у

⁸⁶⁹ UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency, донет 15. децембра 1997. године – у даљем тексту: Модел закон.

⁸⁷⁰ Модел закон, чл. 13-14.

⁸⁷¹ Модел закон, чл. 15-21.

⁸⁷² В. Радовић (2014), стр. 273.

развоју стечаја повезаних друштава. С једне стране, његова афирмација је од изузетног значаја за развој института „заједничког стечаја“, јер, без начела универзалности, стечај повезаних друштава није остварив. Међутим, с друге стране, у правној литератури је препознато да његова примена не би у потпуности допринела решавању проблема везаних за стечај повезаних друштава. Наиме, „једна од најзначајнијих критика која се упућује начелу универзалности односи се на тешкоће утврђивања државе домаћина“,⁸⁷³ у случају стечаја повезаних друштава. Основно питање које се поставља јесте „која ће држава имати међународну надлежност у случају стечаја једног или више чланова пословне групе“,⁸⁷⁴ а која припадају различитим државама? У погледу стечаја повезаних друштава, одговор на ово питање данас се може тражити управо довођењем у везу са одређивањем меродавног права државе у којој ће се бити спроведен поступак стечајног пробијања у међународном стечају. Како се поступак стечајног пробијања са елементом иностраности спроводи према праву државе у којој је стечајни поступак покренут (лат. *lex fori concursus*) и због којег је уследила примена стечајног пробијања, то би се истим критеријумом требало водити при одређивању међународне надлежности за вођење поступка „заједничког стечаја“ међу повезаним лицима која послују у различитим државама. То би значило да уколико се у току стечајног поступка једног повезаног друштва, поступак стечајног пробијања против једног или више повезаних друштава успешно оконча и због тога уследи отварање стечаја према и према тим члановима групе друштава, међународна надлежност биће одређена према праву државе у којој се спроводи стечајни поступак због којег је инициран поступак пробијања и због које је уследило отварање стечајног поступка према другим члановима групе друштава.

Након усвајања Модел-закон, Комисија за међународно трговинско право Уједињених нација донела је и Законодавни водич за стечајно право из 2004. године,⁸⁷⁵ допуњен трећим делом овог документа, донетог током 2012. године, а

⁸⁷³ В. Радовић (2013б), стр. 272-274.

⁸⁷⁴ *Ibidem*.

⁸⁷⁵ United Nation Commission on International Trade Law (UNCITRAL), Legislative Guide on Insolvency Law – Part One and Two, 2004

који се односи искључиво на стечај повезаних друштава,⁸⁷⁶ и који чини целину са прва два дела донета 2004. године. Тако је у трећем делу Законодавног водича детаљно размотрена проблематика стечаја повезаних друштава. Важност овог акта, нарочито са аспекта афирмисања института стечајног пробијања, огледа се у томе што је њиме предвиђена могућност како процесне консолидације, тако и материјалног обједињавања код стечаја повезаних друштава. Уз изнето, можда и највећу вредност за стечајно пробијање представља проблематика посвећена питању „проширења одговорности“ (енгл. *extension of liability*),⁸⁷⁷ једног члана групе друштава на друге чланове групе. Суштински, проширење одговорности на друге чланове „групе друштава“ могуће је у ситуацијама када се практично остваре разлози за пробијање правне личности. Овде се, наиме, као разлози проширења одговорности помињу разни видови злоупотреба, различито формулисани, почев од теорије агента, значајне поткапитализације, преварне радње и сл.⁸⁷⁸ С друге стране, као један од начина „проширења одговорности“ на друге чланове групе, између осталих, помиње се управо материјално обједињавање. Отуда, могуће је закључити да како се питање „проширења одговорности“ на друге чланове друштва поставља онда када се утврди присуство разлога за пробијање правне личности, тиме се очигледно оправдава тврдња да успех у поступку стечајног пробијања оправдава материјално обједињавање имовина повезаних привредних друштава. Другим речима, успех у поступку стечајног пробијања правне личности члана групе привредних друштава оправдава „заједнички стечај“ са другим члановима групе. Следствено наведеном, можда би управо у овом правцу ваљало развијати институт стечајног пробијања.

Унификација међународног стечаја на европском тлу отпочета је доношењем Европске конвенције Савета Европе о одређеним међународним видовима стечаја из 1990 године.⁸⁷⁹ Њен значај огледа се превасходно у компромису о регулисању међународне надлежности везивањем главног седишта друштва за „центар главних интреса друштва“ (енгл. *centre of main interests*) или

⁸⁷⁶ United Nation Commission on International Trade Law (UNCITRAL), Legislative Guide on Insolvency Law – Part Three, 2012, даље у фуснотама: UNCITRAL (2012).

⁸⁷⁷ UNCITRAL (2012), стр. 55-58.

⁸⁷⁸ UNCITRAL (2012), стр. 57.

⁸⁷⁹ European Convention on Certain International Aspects of Bankruptcy, усвојена 5. јуна 1990. године - Европска конвенција о стечају.

за место регистрације, потом, по одређивању меродавног права у стечајном поступку по овом принципу и регулисању пријаве потраживања страних поверилаца. Посебно се регулишу услови отварања секундарног (споредног) стечаја у односу на главни, овлашћења стечајног управника ван државе у којој је отворен стечајни поступак и права поверилаца на обавештавање о чињеницама везаним за стечај.⁸⁸⁰ Све ове чињенице само посредно, на један општи начин, утичу на афирмацију института пробијања у оквиру стечајне регулативе.

Готово истоветан, посредни, утицај остварује и Уредба Европске уније о стечајним поступцима из 2000. године.⁸⁸¹ Она „доследно разрађује принцип одвојености субјективитета стечајних дужника, примењујући традиционалан приступ“.⁸⁸² На тај начин се, приликом одређивања међународне надлежности, „сваком члану друшта приступа засебно, без обзира на чињеницу да припадају групи друштава“.⁸⁸³ Отуда, много већи значај за афирмацију стечаја повезаних друштава, а самим тим и примену института стечајног пробијања, припада доцније донетој Уредби Европске уније о стечајним поступцима из 2015. године.⁸⁸⁴ Наведеном Уредбом се, за разлику од претходне, посебно наглашава значај регулисања стечаја повезаних друштава. То је видљиво из саме њене преамбуле,⁸⁸⁵ у којој је наглашено на потребу утврђивања правила о усклађивању стечајних поступака повезаних друштава. Посебно је важно нагласити да се ова Уредба односи на све стечајне поступке, независно од тога да ли се као дужник јавља физичко или правно лице, односно трговац или појединац.⁸⁸⁶ Тиме се указује на тенденцију уједначавања стечајне процедуре према правним лицима и над имовином физичких лица. Но, ипак, оно нашта посебно ваља скренути пажњу јесте да је цело поглавље Уредбе посвећено само стечајним поступцима над повезаним привредним друштвима, или боље речено над члановима „групе

⁸⁸⁰ О томе: Д. Димитријевић, „Европска конвенција о стечају“, *Европско законодавство*, бр. 8/2009, стр. 89.

⁸⁸¹ Council Regulation (EC) No 1346/2000 of 29 May 2000 on Insolvency Proceedings, (*Official Journal of the European Communities*, L 160), донета 30. јуна 2000. године – Уредба о стечајним поступцима из 2000. године.

⁸⁸² В. Радовић (2014), стр. 272.

⁸⁸³ *Ibidem*.

⁸⁸⁴ Regulation (EU) 2015/848 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on insolvency proceedings, (*Official Journal of the European Communities*, L 141), донета 05. јуна 2015. године – Уредба о стечајним поступцима из 2015. године.

⁸⁸⁵ Уредба о стечајним поступцима из 2015. године, Преамбула, тач. 6.

⁸⁸⁶ Уредба о стечајним поступцима из 2015. године, Преамбула, тач. 9.

привредних друштава“. Ту се превасходно регулише питање сарадње и комуникације у оквиру стечаја чланова „групе привредних друштава“, и то у оквиру две групе одредаба. Прва група са односи на сарадњу стечајних управника и судова, док се друга група одредаба односи на „координацију између чланова групе“.⁸⁸⁷ У оквиру прве групе правила, пажња се посвећује првенствено сарадњи међу стечајним управницима повезаних друштава, уколико то олакшава спровођење стечајних поступака и не води сукобу интереса.⁸⁸⁸ Дакле, то значи да су поступци међу члановима групе привредних друштава и даље међусобно самостални, јер се не ради о главном и споредном поступку. Надаље је посвећена пажња сарадњи међу судовима који спроводе ове самосталне стечајне поступке, као и сарадња између судова и стечајних управника различитих чланова групе друштава. Поред тога, друга група правила, која се односи на координацију између стечајних поступака према члановима групе друштава, прописује да стечајни управник било ког члана групе може да захтева покретање поступка координације стечајева чланица групе друштава, пред било којим судом који има надлежност за покретање стечајног поступка против члана групе.⁸⁸⁹ Уз захтев за покретање поступка координације стечајева групе друштава, стечајни управник предлаже координатора стечајева, као и нацрт предложене координације уз попис стечајних управника чланова групе, других органа, као и процену трошкова координације.⁸⁹⁰ Сваки од стечајних управника има право да приговори на предложену координацију. Уколико то учини, поступак у коме је тај стечајни управник именован неће се укључити у поступак координације. Но уколико се предложеном захтеву за координацију стечајни управник не успротиви у року од тридесет дана од пријема захтева, сматра ће се да је на њу пристао. Иначе, поступку координације се може приступити и накнадно, по његовом покретању.⁸⁹¹ Након покретања поступка координације, долази до именовања координатора који не може бити неко од стечајних управника чланова групе, нити у сукобу интереса са неким од актера стечаја групе, потом се утврђује се нацрт

⁸⁸⁷ В. Чоловић, „Координација стечајних поступака – са посебним освртом на трансфер средстава стечајне масе и стечај повезаних друштава“, *Годишњак Факултета правних наука*, бр. 6/2016, Бања Лука, стр. 12.

⁸⁸⁸ Уредба о стечајним поступцима из 2015. године, чл. 58.

⁸⁸⁹ Уредба о стечајним поступцима из 2015. године, чл. 61 ст. 1.

⁸⁹⁰ Уредба о стечајним поступцима из 2015. године, чл. 61 ст. 3.

⁸⁹¹ Уредба о стечајним поступцима из 2015. године, чл. 69.

поступка координације и одлучује о процени трошкова овог поступка и уделу у трошковима сваког члана групе. Координатор иначе има задатак да у поступку координације даје препоруке и предлаже мере поводом решавања спорних питања међу члановима групе, у настојању поновног успостављања финансијске стабилности групе или њеног дела, а такође је његово учешће значајно у поступку решавања спорова и побијања правних радњи у оквиру групе друштва.⁸⁹² Међутим, оно што је посебно важно истаћи јесте да се стечајни управник ма ког члана групе не мора повиновати препоруци или предложеној мери координатора,⁸⁹³ што свакако умањује потенцијалне ефекте поступка координације. У сваком случају, без обзира на одређене недостатке, наведена Уредба остварује значајан допринос у афирмацији прекограничног стечаја повезаних друштава. Она представља један вид установљеног компромиса за могућу процесну консолидацију стечајних поступака повезаних друштава, што указује да је на нивоу Европске уније препозната проблематика у вези са питањем стечаја повезаних друштава међу њеним чланицама. Описани ниво оствареног компромиса оставља простор и за афирмацију стечајног пробијања у оквирима процесне координације међу повезаним друштвима. То, дакле, значи да би могућом координацијом прекограничних стечајева чланица групе били још у већој мери остварени позитивни ефекти стечајног пробијања. Уз изнето, остварени ниво сарадње међу државама Европске уније по питању процесне координације у оквиру стечајева повезаних друштава, мотивише на процену да ће у каквим будућим напорима на међусобном усаглашавању и уједначавању прописа о прекограничном стечају бити регулисан и поступак материјалног обједињавања.

На овакав закључак нарочито упућује чињеница да је у оквиру принципа кооперације међу државама чланицама Северно-америчког споразума о слободној трговини (енгл. *North American Free Trade Agreement – NAFTA*), формулисаних 2012. године од стране Америчког правног института, под називом „Транснационална инсолвентност – принципи кооперације између држава чланица *NAFTA*

⁸⁹² Уредба о стечајним поступцима из 2015. године, чл. 72.

⁸⁹³ Уредба о стечајним поступцима из 2015. године, чл. 70.

споразума“,⁸⁹⁴ у оквиру стечаја групе друштава „омогућена процесна и материјална консолидација“. ⁸⁹⁵ Додуше, регулација фактора који доводе до консолидације поступака је и у оквиру ALI принципа препуштено судској пракси.⁸⁹⁶ Отуда је могуће закључити да на међународном плану постоји довољно простора за дубљи уплив института стечајног пробијања, као једног од доминантних разлога који оправдавају материјално обједињавање у стечају повезаних друштава. На крилима таквог размишљања, реално је очекивати да ће фактори материјалног обједињавања, међу којима би значајно место припало стечајном пробијању, бити детаљније регулисани у међународним изворима стечајног права.

2. Тенденције развоја института стечајног пробијања у Србији

Што је привредни систем у већој кризи, то су разни видови злоупотребе права заступљенији а њени учиниоци креативнији. Водећи се тим правилом, у „стечајним“ привредама, каква је засигурно српска, лако је закључити да је присутност злоупотреба у пословању знатно изражена. Због тога је управо у овим државно-правним порецима потребно уложити значајнији напор, како би се злоупотребе права, у ма ком облику манифестоване, могле спречити или чак предупредити. По логици ствари, то би значило да и у српском законодавству превасходна пажња треба бити усмерена ка спречавању бројних видова злоупотреба у привреди, што отвара довољно простора за анализу правне могућности инкорпорирања института стечајног пробијања у оквиру стечајне регулативе.

Сагледавањем тенденција развоја стечајне регулативе, или боље речено њене доградње, примећује се да се српски законодавац не руководи наведеном логиком. Додуше, у виду изузетка, могао би се издвојити један покушај инкорпорирања у законски оквир стечаја повезаних лица, названог као

⁸⁹⁴ Превод преузет од: В. Радовић (2014), стр. 274. Иначе, изворни назив гласи: *Transnational Insolvency: Global Principles for Cooperation in International Insolvency Cases*, Report to ALI, донети 30. марта 2012. године – ALI принципи.

⁸⁹⁵ *Ibidem*.

⁸⁹⁶ *Ibidem*.

консолидовани стечај.⁸⁹⁷ Наиме, једним законским предлогом за новелирање стечајне регулативе било је предложено да ће „у случају када се води стечајни поступак над два или више повезаних лица, међу којима је и матично друштво, поступак се спроводи према следећим критеријумима: 1) именује је један стечајни управник, постоји једна скупштина поверилаца, бира се један одбор поверилаца; 2) поступак стечаја покрене се и поступак спроводи стечајни судија надлежан према седишту матичног друштва; 3) образује се једна стечајна маса; 4) припрема се и гласа се о једном плану реорганизације за сва повезана лица; 5) начело равномерног намирења поверилаца примењује се на стечајне повериоце свих повезаних лица; 6) међусобна потраживања повезаних лица бришу се“.⁸⁹⁸ Но, ова идеја није у потпуности реализована, с обзиром да је остала у домену законског предлога који није озакоњен. Ипак, иако би се његовом евентуалном реализацијом омогућило практично материјално обједињавање стечајева повезаних друштава, чиме се широко отварају врата за афирмацију института стечајног пробијања, мора се признати да наведени законски предлог није био заснован на пажљивом одмеравању узрока који могу оправдати јединствени стечај повезаних друштава. Њиме је у суштини било предвиђено да сама чињеница постојања повезаних друштава доводи до материјалног обједињавања стечајева, који се спроводе према повезаним лицима. Такав закључак нема потпору ни у једном упоредноправном систему, нити је резултат постојећих теоријскоправних схватања о институту материјалног обједињавања. Материјално обједињавање стечајева повезаних друштава, а где је могуће и повезаних лица, може засигурно уследити само по наступању убедљивих разлога који овакво чињење оправдавају. Један од тих разлога је свакако злоупотреба правила о ограниченој одговорности у оквиру повезаних друштава. Иако тај разлог можда није и једини који оправдава материјално обједињавање, засигурно се може рећи да је најубедљивији.

Због тога би било пожељно да се српско стечајно законописање даље усмерава ка јасном формулисању фактора који би оправдали материјално обједињавање стечаја. У том случају би значајно место припало институту

⁸⁹⁷ Предлог Закона о изменама и допунама Закона о стечају из 2013. године. Доступно на: http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/lat/pdf/predlozi_zakona/5079-13Lat.pdf (сајт посећен: 20. октобра 2016. године).

⁸⁹⁸ Предлог Закона о изменама и допунама Закона о стечају из 2013. године, чл. 56.

стечајног пробијања, без обзира на то који од модела стечајног пробијања буде евентуално одабран као најцелисходнији. Међутим, постоји бојазан да српски законодавац не води рачуна о наведеним разлозима. Сагледавањем савремених тенденција развоја српског стечајног законодавства, може се рећи да уместо тежње ка проналажењу начина за интензивнију правну заштиту стечајних поверилаца ради њиховог повољнијег намирења, искључива пажња се посвећује побољшању „положаја обезбеђених поверилаца, превасходно разлучних.“⁸⁹⁹ Кораци предузети у том правцу, под снажним утицајем незваничних центара моћи, који се све више и смелије уплићу у законописање, доводе до закључка да се и постојеће, традиционално „начело заштите стечајних поверилаца“,⁹⁰⁰ треба преформулисати у „начело заштите разлучних поверилаца“. Исто тако, иако би ваљало тежити афирмисању „начела аутономије стечајних поверилаца“, које, иако није изричито дефинисано у позитивним законским изворима, дубоко је утемељено у историји српског стечајног права, очевидно се све више тежи установљавању „начела аутономије банака, односно разлучних поверилаца“ у стечајном поступку.⁹⁰¹ И на крају, уместо да се шири круг забрана сваког облика злоупотребе права, изражене су тенденције које воде његовом сужавању. То постаје уочљиво код саме идеје српског законописца да из позитивне стечајне регулативе „избрише“ норме посвећене побијању правних послова без накнаде или уз незнатну накнаду као самосталном побојном разлогу у стечају. Притом,

⁸⁹⁹ Ова намера законодавца препозната је након сагледавања садржине донетог Закона о изменама и допунама Закона о стечају („Сл. гласник РС“, бр. 83/14), а нарочито Нацрта Закона о изменама и допунама Закона о стечају из 2016. године. У образложењу планираних измена и допуна Закона о стечају, које прати постојећи Нацрт законских измена из 2016. године, изричито је, као основни циљ законских измена, наведена потреба за повољшањем статуса разлучних поверилаца у стечајном поступку. Основаност оваквог образложења заснива се на економској анализи ефеката спровођења стечајног поступка у Србији, која представља саставни део Нацрта наведених законских измена, а у оквиру којег се наводи да „разлучни повериоци у просеку намирују 56,5% својих потраживања када је вредност реализоване предметне имовине преко милион динара“. Међутим, при вршењу ове анализе није узето у обзир да ли се и у којој мери, разлучни повериоци намирују и реализацијом других средстава обезбеђења. Уколико би се и такав параметар узео у обзир, засигурно би резултати о степену намирења потраживања обезбеђених поверилаца били знатно позитивнији. То довољно говори да положај обезбеђених поверилаца у српском правном систему, а у банкарском нарочито, није тако лош, каквим се од стране српских законописаца представља.

⁹⁰⁰ Закон о стечају, чл. 3.

⁹⁰¹ Наведени закључак заснован је на постојећим тенденцијама „увођења“ разлучних поверилаца у одбор поверилаца а потом и смањења квалификованог учешћа у гласању за разрешење стечајног управника, њиховог обавезног саглашавања за издавање у закуп имовине оптерећене залогом у току стечајног поступка независно од сагласности одбора поверилаца за такво чињење.

„располагање без накнаде“ се тежи формулисати у оквиру норми о намерном оштећењу поверилаца као услова за стечајно побијање, што подразумева да се правни послови без накнаде могу побијати само уколико се докаже да су предузети у намери оштећења поверилаца.⁹⁰² На овај начин се знатно сужава правна могућност побијања уз позивање на овај побојни разлог, тим пре, што је за успех у поступку побијања нужно, поред постојања „бестеретног располагања“ као објективног разлога, доказати и постојање намере оштећења поверилаца не само од стране стечајног дужника, већ и од лица које се од бестеретног располагања окористило.⁹⁰³

Док год овакве тенденције развоја српског стечајног законодавства постоје, мале су шансе да стечајна регулатива буде посвећена правим проблемима који заокупљају целокупно привредно окружење. Ови проблеми суштински су узроковани бројни видовима злоупотребе права, присутним у свим порам друштвеног живота, а нарочито у привреди. Управо због тога проналажење решења за увођење института пробијања у стечајне прописе, представља императив. Постојање већег степена злоупотребе права треба да мотивише државно-правни поредак да буде креативнији у изналажењу решења која доприносе спречавању даљег чињења сваког вида злоупотребе, па и злоупотребе правила о ограниченој одговорности. Отуда, остаје нада да ће питање спречавања бројних видова злоупотребе права заузети значајније место у нашој стечајној регулативи. У том случају институт стечајног пробијања правне личности би засигурно постао незаобилазан инструмент за заштиту од злоупотребе правила о ограниченој одговорности члана за обавезе друштва.

⁹⁰² Видети: Нацрт Закона о изменама и допунама Закона о стечају из 2016. године, чл. 24 и 25.

⁹⁰³ Нарочито је интересантно образложење овако осмишљеног законодавног решења, које додатно упућује да читав Нацрт није заснован на објективном сагледавању потреба свих поверилаца у стечајном поступку. Као разлог за брисање одредбе о „бестеретном располагању“, као самосталном разлогу за побијање, наведено је следеће: „Пракса је показала да постоји велики број судских поступака покренутих управо на основу ове одредбе важећег закона, чак и у случајевима када нису испуњени ни објективни услови примене ове одредбе. На тај начин, неоправдано се увећавају трошкови стечајног поступка, а умањује правна сигурност и положај евентуалних поверилаца из ових правних послова. У циљу да се и код таквих послова за успешно побијање мора доказивати испуњеност одређених услова или постојање намере, предложена је измена чланова 123 и 124.“ Коментар на изнето законско образложење, са аспекта теоријскоправног посматрања стечајне регулативе, је сувишан.

ЗАКЉУЧАК

Признавањем правног субјективитета привредно друштво постаје правно самостално у односу на лица која су га основала и она која доцније суделују у делатностима друштва. Идеја о одвојености субјективитета привредног друштва од њених чланова устројена је ради ефикаснијег остваривања основних, лукративних циљева друштва. На темељу ових идеја, код одређених форми друштава установљена је и тзв. лимитна функција друштва, путем које се његовим оснивачима, односно члановима омогућава ограничена одговорност за обавезе друштва само до висине уплаћеног или унетог улога. Таква друштва називају се друштвима капитала. Она своју лимитну функцију остварују кроз правило о ограниченој одговорности, које доприноси стварању „зида“ или „правног вела“ привредног друштва у односу на његове повериоце. Овај „зид“, који одваја одговорност чланова за обавезе друштва, не сме бити безусловно непробојан. Уколико се испостави да лимитна функција привредног друштва није усмерена ка остваривању његових основних циљева, већ јој је сврха да буде параван за чињење злоупотребе, „зидине“ ће попустити. Оне тада могу бити „срушене“ пробијањем правне личности. Применом института пробијања, међутим, правни субјективитет друштва неће у потпуности бити елиминисан, већ само окрњен. Тада бива занемарена једино његова лимитна функција, или, другачије речено, нарушава се правило о ограниченој одговорности.

Институт пробијања правне личности изнедрила је судска пракса англо-америчког права, у виду изузетка од правила о ограниченој одговорности. Први аргументи којим се оправдавања постојање овог правног института, звани аргументи историје, говоре о легитимности његове примене у случајевима када је „привилегија“ о ограниченој одговорности злоупотребљена. Доцније су се појавила и становишта о потреби за применом института пробијања у случају када друштво у свом пословању одступа од основних циљева због којих је основано. Уочљиви су и аргументи о друштвено-политичкој оправданости овог института, као и правдању његове примене на аргументима правичности. Сходно изнетој аргументацији, задатак института пробијања је да, у ситуацијама када је правило о ограниченој одговорности искоришћено за „злоупотребу права,

нарушавање општег друштвеног интереса, чињење неправде“, привредно друштво буде посматрано као скуп појединаца, оснивача и чланова, неограничено одговорних за обавезе друштва.

С обзиром на сложеност задатака који се пред њега постављају, институт пробијања правне личности се дефинише у ширем и ужем смислу. Ширењем појма пробијања, третирањем овог правног института кроз општи правни однос поверилаца и чланова, независно од природе тог односа, начелно води удаљавању од суштине његовог постојања. Ипак, један од специфичних приступа ширења појма пробијања, ваљано је издвојити. У питању је француски приступ утврђивања одговорности путем тзв. тужбе због недовољности имовине. Њеним подношењем могуће је остварити значајне ефекте на чланове који фактички управљају друштвом. Посебно је и дејство по пресуди исходованој на основу наведене тужбе. Средства остварена одлуком суда, улазе у стечајну масу стечајног дужника. На тај начин се сврха подношења тужбе због недовољности имовине посебно приближава суштини стечајног пробијања. Иначе, за разлику од ширег његовог посматрања, ужи приступ пробијању описује овај правни институт кроз неограничену одговорност члана за обавезе привредног друштва, установљену због злоупотребе правила о ограниченој одговорности.

Изнете специфичности упућују да пробијање правне личности представља сложен правни институт са „неухватљивом“ правном природом. По својој правној природи он представља *sui generis* правну установу, која, посматрано из угла повериоца, представља његово „допунско право“ путем којег проширује своје изгледе за намирење потраживања, у случају постојања злоупотребе правила о ограниченој одговорности од стране члана друштва. С друге стране, за члана друштва овај институт чини законом установљену, спољашњу, акцесорну али примарну „одговорност“ члана друштва за злоупотребу концепта о ограниченој одговорности.

Разноврсност у његовој примени, допринела је класификовању института пробијања по различитим критеријумима, од којих су неке поделе постале уобичајене. Према начину на који се пробијање врши, позната је подела на директно или индиректно пробијање. С обзиром на смер у ком се пробијање

правне личности врши, разликује се класично и обрнуто пробијање. У правној теорији је присутно становиште по којем пробијање може бити вољно и невољно. Препознатљива је и подела на пробијање према законским прописима и по основу судских прецедената, која се доводи у везу са правним изворима пробијања. Поред изнетих, посебно се издваја подела на пробијање у стечају и изван стечаја. Применом института пробијања у стечајном поступку нарочито се остварује сврха због које је овај институт установљен.

Док је друштво солвентно, односно способно да уредно измирује обавезе према повериоцима, потреба за применом института пробијања правне личности није нарочито изражена. Отварање стечајног поступка према привредном друштву не представља правну препреку за примену института пробијања правне личности, дефинисаног у нашој компанијској регулативи. Но, стремећи ка најефикаснијем моделу његове примене, јавља се идеја да, поред нужног постојања у оквиру права привредних друштава, овај институт упоредо треба интегрисати у стечајноправне прописе. На тај начин би било омогућено паралелно постојање института стечајног пробијања правне личности, уз постојећи институт „ванстечајног пробијања“, путем којег се индивидуалном повериоцу дозвољава да зарад намирања свог потраживања пробија правну личност, како друштва које активно послује, тако и оног у стечају.

Сложеност стечајног поступка узрокује одређене специфичности стечајног пробијања правне личности. Првенствено се намеће потреба синхронизовања циљева стечајног пробијања са основним циљевима и начелима стечајног поступка. У том смислу, правна заштита путем стечајног пробијања је колективна, усмерена ка свим повериоцима стечајног дужника.

Поступак стечајног пробијања почиње подношењем тужбе стварно и месно надлежном привредном суду, од стране активно легитимисаних лица. Тужба се може поднети почев од отварања стечајног поступка до његовог закључења. Активно легитимисан за њено подношење треба да буде стечајни управник, који тужбу подноси у име и за рачун стечајног дужника, односно стечајне масе. Таквим иступањем стечајни управник не заступа само стечајног дужника, већ првенствено интересе његових поверилаца, као и јавни интерес. Описани положај

га обавезује да пробија правну личност увек када процени да су испуњени услови за стечајно пробијање, без обавезе прибављања сагласности одбора поверилаца, које могу само бити препрека примени овог института. Улога поверилаца и њихових органа треба да буде усмерена у супротном правцу, ка мотивисању стечајног управника на иницирање поступка стечајног пробијања.

С друге стране, постојање правног интереса поверилаца за стечајно пробијање је спорно. С обзиром да је идеја „ванстечајног“ пробијања чисто индивидуалистичка, израженији је правни интерес појединачних поверилаца за пробијање правне личности у том поступку. Но, како је спречавање злоупотребе права, између осталог, у јавном интересу, могуће је пронаћи и аргументацију на основу које повериоцима треба дозволити да сами процене да ли ће иницирати поступак стечајног пробијања или не.

По питању пасивне легитимације треба истаћи да њен носилац у поступку стечајног пробијања треба да буде само члан привредног друштва. За утврђивање повреде дужности чланова управе доступна су друга правна средства. У погледу потенцијалног усмеравања института пробијања према члановима управе, може се рећи да његова примена може бити оправдана једино према фактичким директорима друштва, који су истовремено и чланови друштва.

Но, да би одговорност према пасивно легитимисаном лицу била установљена, нужно је испуњење материјалноправних услова за стечајно пробијање. Водећи се теоријом забране злоупотребе права, несумњиво се као први и општи услов пробијања намеће злоупотреба правила о ограниченој одговорности. У оквиру стечајног пробијања значајно је поменути да мора бити учињена пре отварања стечајног поступка, а при оцени основаности захтева за стечајно пробијање, постојање злоупотребе правила о ограниченој одговорности ваља објективно посматрати. У пословној пракси, а потом и у правној литератури, препознати су одређени појавни облици, који упућују да је правило о ограниченој одговорности злоупотребљено. Неки од препознатљивих примера су изигравање циљева друштва, мешање имовине, извлачење имовине из друштва, поткапитализација. Сваки од њих има одређени значај у поступку стечајног пробијања.

Стварању реалних услова за инкорпорисање института стечајног пробијања у оквиру позитивне стечајне регулативе свакако претходи отклањање дилема везаних за начин и дејство стечајног пробијања. Зарад проналажења најадекватнијих решења по овом питању, предложена су два модела стечајног пробијања.

Први модел односи се на стечајно пробијање правне личности путем кондемпнаторне тужбе. У случају тужиочевог успеха по овој тужби, учинилац злоупотребе би био обавезан да пресуђену вредност измири у корист свих поверилаца стечајног дужника. Када у својој имовини не би имао довољно средстава за испуњење такве чинидбе, последице би биле различите зависно од својства члана друштва одговорног за пробијање. Ако је у питању физичко лице, спровођење стечајног поступка над његовом имовином условљено је постојањем законске регулативе о индивидуалном стечају. С друге стране, према члану друштва који је правно лице може се отворити стечајни поступак. У таквој ситуацији, успех у поступку пробијања оправдава и спровођење материјалног обједињавања.

Други модел посвећен је стечајном пробијању путем декларативне тужбе. Утврђивање злоупотребе правила о ограниченој одговорности, аутоматски би узроковало значајне последице на ток стечајног поступка. У погледу одговорних чланова који су привредна друштва, утврђење злоупотребе правила о ограниченој одговорности по основу правноснажне судске одлуке, доводило би аутоматски до примене института материјалног обједињавања. Међутим, проблем примене овог модела стечајног пробијања још увек није решен за случајеве утврђења злоупотребе поменутог правила од стране члана који је физичко лице. Спровођење материјалног обједињавања са имовином физичког лица захтева сложена процедуру уједначавања индивидуалног стечаја и стечаја привредних друштава. Но, како српско стечајно право индивидуални стечај још увек законски не регулише, примену института материјалног обједињавања са имовином физичког лица, није реално очекивати до момента потпуног регулисања ове материје и њене хармонизације са прописима о стечају привредних друштава.

Специфичности правних последица узрокованих успехом у поступку стечајног пробијања, у потпуности оправдавају његово засебно постојање у односу на институт накнаде штете, а нарочито у односу на институт побијања правних радњи стечајног дужника. У односу на институт накнаде штете дистинкција је суштинска. Док стечајно пробијање доводи до спољашње одговорности, одговорност за накнаду штете је унутрашња. Притом, код стечајног пробијања основни циљ поверилаца је да, по утврђењу злоупотребе правила о ограниченој одговорности члана за обавезе друштва, наплате своје потраживање, а не да стечајни дужник буде обештећен. С друге стране, довођењем у везу са традиционалним институтом побијања правних радњи, стечајно пробијање треба схватити као вид правне надградње, усмерен ка спречавању све сложенијих облика и начина злоупотребе права.

Реално је очекивати да ће се стечајно пробијање најчешће вршити у поступку банкрутства стечајног дужника. Посебност правних последица које наступају усвајањем плана реорганизације и сама сложеност његове правне природе, доводе до закључка да примена института стечајног пробијања, након усвајања плана реорганизације, не би остварила своју сврху. Тада остаје могућност „ванстечајног“ пробијања, уколико његовој примени претходи испуњење законом прописаних услова. Примена правила стечајног пробијања се поново актуелизује тек уколико евентуално учињена злоупотреба правила о ограниченој одговорности у току спровођења усвојеног плана, узрокује непоступање по плану и отварање новог стечајног поступка

Све актуелније прекогранично повезивање привредних друштава ствара дилеме о правном регулисању стечајног пробијања са елементом иностраности. Те дилеме усмерене су превасходно на одређивање меродавног права за стечајно пробијање, потом, суд које државе ће бити надлежан за поступање и одлучивање у овом поступку и на који начин ће се признати страна судска одлука о стечајном пробијању а потом и извршити. Посебно се истичу и недоумице у случају отварања стечајног поступка према одговорном страном члану друштва за учињену злоупотребу правила о ограниченој одговорности. Решавању наведених дилема обавезно претходи ваљано класификовање правне категорије, односно супсумирање одређеног чињеничног склопа под правни појам, а потом и одабир

адекватне тачке везивања. Као једно од доминатних решења у погледу „ванстечајног“ пробијања са страним елементом, помиње се „припадност“, односно држављанство привредног друштва (лат. *lex societatis*), као тачка везивања. Због комплексности стечајне процедуре, код стечајног пробијања ствари постају још сложеније. Имајући у виду да је у стечајном праву знатно изражена веза између питања тзв. међународне надлежности (јурисдикције) и применљивог права, испоставља се да меродавно право за овај вид пробијања правне личности ваља ценити према праву државе у којој је покренут стечајни поступак (лат. *lex fori concursus*).

Поред наведеног, нужно је истаћи и да примери из пословне праксе указују на нарочито присуство злоупотребе правила о ограниченој одговорности у оквиру пословања једночланих привредних друштава, као и тзв. „групе привредних друштава“. Отуда се посебна пажња ваља посветити регулисању стечајног пробијања у наведеним привредним друштвима. Посвећеност овим проблемима очевидна је и на међународном плану. Све више правних извора са снагом „меког права“ а на нивоу Европске уније и NAFTA споразума и на бази обавезујућих правила, бави се питањем регулисања прекограничног стечаја повезаних друштава. Кроз, за сада реалнији облик процесне консолидације, а убудуће и очекивану регулативу о материјалном обједињавању, постоји значајан простор за афирмацију института стечајног пробијања. Поменути закључак уследио је након што је, по извршеној детаљној анализи института стечајног пробијања, утврђено да се материјално обједињавање сматра оправданим у случају постојања злоупотребе правила о ограниченој одговорности међу члановима групе друштава.

По логици ствари, то би значило да и у српском законодавству пажња треба бити усмерена ка праћењу савремених тенденција међународног стечајног права и тежњи за хармонизацијом са међународним правним изворима. Но, сагледавањем тенденција развоја српске стечајне регулативе, или боље речено њене доградње, примећује се да се српски законописци, а и сам законодавац не руководе наведеном логиком. Њихова пажња суштински је усмерена ка побољшању положаја обезбеђених поверилаца. Док год овакве тенденције развоја српског стечајног законодавства постоје, мале су шансе да стечајна регулатива

буде посвећена правим проблемима који заокупљају целокупно привредно окружење. Ови проблеми суштински су узроковани бројним видовима злоупотребе права, присутним у свим порам друштвеног живота, а нарочито у привреди. Управо због тога проналажење решења за увођење института пробијања у стечајне прописе, представља императив.

Следствено наведеном, могуће је закључити да је потреба за увођењем института стечајног пробијања у српско стечајно законодавство насушна. Извршена свестрана анализа овог правног института, како са аспекта домаћег законодавства, тако и са упоредноправног гледишта, доприноси оцени да се институт стечајног пробијања може инкорпорирати у српски законодавни систем. С обзиром на савремене тенденције развоја стечајног права на међународном плану, потребно је приступити његовом поступном увођењу, превасходно кроз регулисање стечаја повезаних друштава и фактора који могу довести до материјалног обједињавања. Касније, зависно од одабира адекватног модела стечајног пробијања, институт стечајног пробијања може бити инкорпориран у стечајне прописе Србије и као инструмент за спречавање злоупотребе правила о ограниченој одговорности код једночланих привредних друштава. У том случају би његов утицај на репресију против учињене злоупотребе, а посредно и на уздржавање од будућег њеног чињења, био немерљив.

ЛИТЕРАТУРА

- Домаћа литература -

Ајншпилер – Поповић Г., *Коментар новог Закона о стечају*, Приручник, Београд, 2010, извор: <http://www.bs.scrib.com>

Антић О., „Морал (етика) у грађанском праву“, *Зборник радова „Хармонизација грађанског права у региону“*, Београд, 2013

Антић О., „Облигација: правна природа, садржина и закон корелације“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1/2007

Боранијашевић В., *Врсте пресуда у парничном поступку*, докторска дисертација, Правни факултет у Нишу, Ниш, 2008

Варади Т., Бордаш Б., Кнежевић Г., Павић В., *Међународно приватно право*, Београд, 2010

Васиљевић М., „Право и привредно пословање“, *Право и привреда*, бр. 4-6/2016

Васиљевић М., „Субјективитет групе друштава („интерес групе“ – стварност и/или фикција)“, *Радни материјал са XXIII саветовања судија привредних судова Републике Србије*, Привредни апелациони суд, 2015

Васиљевић М., „Држава и привреда“, *Право и привреда*, бр. 4-6/2013

Васиљевић М., „Закони и привреда“, *Право и привреда*, бр. 4-6/2012

Васиљевић М., *Компанијско право- право привредних друштава*, Београд, 2011

Васиљевић М., *Водич за примену Закона о привредним друштвима*, Београд, 2011(а)

Васиљевић М., „Корпоративно управљање - од проблема до решења“, *Право и привреда*, бр. 5-8/2008

Васиљевић М., *Корпоративно управљање – правни аспекти*, Београд, 2007

Васиљевић М., *Коментар закона о привредним друштвима*, Београд, 2004

Васиљевић М., „Модел и трендови управљања акционарским друштвом у упоредном праву и пракси“, *Правни информатор*, бр. 5/2004

Васиљевић М., Пробијање правне личности, *Правни живот*, бр. 11/1995

Васиљевић М., „Нека отворена питања својинске трансформације“, *Правни живот*, бр. 1-2/92

Васиљевић М., Радовић В. (ур.), *Корпоративно управљање – зборник радова*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2009

Васиљевић М., Радовић В., Јевремовић Петровић Т., *Компанијско право Европске уније*, Београд, 2012

- Велимировић М., „Остваривање права побијања у стечају“, *Правни информатор*, бр. 7-8/2011
- Велимировић М., *Стечајно право*, Нови Сад, 2004
- Вотсон А., *Правни транспланти*, Београд, 2000
- Врачар С., *Преиспитивања правне методологије, Наговештаји државно-правног интегрализма*, Београд, 2000
- Врачар С., „Правци развитка емпиријских истраживања у нашој правној науци“, *Анали правног факултета у Београду*, бр. 1-2/1965
- Вујисић Д., *Привредно право*, Крагујевац, 2009
- Голубовић Д., Деривативна тужба – инструмент заштите мањинских интереса, *Правни живот*, бр. 11/1995
- Горшић Ф., *Коментар стечајног закона*, Београд, 1934
- Госпавић О., *Стечајно право Краљевине Југославије*, Београд, 1936
- Граић – Степановић С., „Одговорност чланова (управе) услед пробијања правне личности“, *Правни живот*, бр. 11/2000
- Дабић Љ., Спиновић Јовановић Л., *Пословно право*, Београд, 2015
- Дабић Љ., *Заједничка улагања у Југославији – упоредноправна анализа законодавства социјалистичких земаља*, монографија бр. 121, Београд, 1988
- Делибашић Т., *Побијање правних радњи стечајног дужника*, Београд, 1999
- Димитријевић Д., „Европска конвенција о стечају“, *Европско законодавство*, бр. 8/2009
- Ђорђевић Ж., Станковић В., *Облигационо право*, Београд, 1987
- Живановић Т., *Систем синтетичке правне филозофије*, Српска академија наука, Београд, 1959
- Живковић М., *Право побијања дужникових правних радњи*, докторска дисертација, Правни факултет у Београду, Београд, 2016
- Живковић М., „Јемство у привреди и могућност побијања овог правног посла на основу члана 124. Закона о стечају“, *Правни информатор*, бр. 9/2015
- Зиндовић И., „Наплата потраживања и „пробијање“ правне личности“, *Правни живот*, бр. 12/2007
- Иваниш М., „Елементи структуре капитала корпоративног предузећа“, *Правно – економски погледи*, бр. 2/2012, стр. 3-9, доступно на: www.pepogledi.org/Arhiva/2012_02/
- Илић-Попов Г., Јовановић Н., Јовановић Ј. (ур.), *Приручник за стечајне управнике*, Београд, 2005
- Јанковец И., *Привредно право*, Београд, 1999
- Јевремовић Петровић Т., *Групе привредних друштава*, Београд, 2014

- Јевремовић Петровић Т., „Повериоци у компанијском праву и инструменти њихове заштите“, *Анали Правног факултета у Београду*, 1/2011
- Јевремовић Петровић Т., „Одговорност директора према повериоцима друштва коме прети стечај“, *Правни живот*, бр. 11/2011(а)
- Јездић М., *Међународно приватно право, књига друга*, Београд, 1979
- Јездић М., *Међународно приватно право I, Увод у међународно приватно право и општи елементи формирања и примене норми међународног приватног права*, Београд, 1976
- Јовановић В., *Предузећа и друштва према Закону о предузећима*, Београд, 1990
- Јовановић Н., „Стечајна национализација (конфискација) у Србији, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1/2010
- Јовановић Н., „Оспорљивост „извршних“ потраживања у стечају“, *Билтен судске праксе привредних судова*, бр. 3/2010
- Јовановић Н., „Предрасуде о стечајној реорганизацији у Србији“, *Зборник радова са III Конференције одбора приступајућих земаља INSOL Europe*, Агенција за лиценцирање стечајних управника, Београд, 2007
- Јовановић Н., Побијање правног субјективитета компанија, *Правни живот*, бр. 10/1997
- М. Јовановић Zattila, В. Чоловић, *Стечајно право*, Београд, 2007
- Кашанин Р., Нешковић Р., Лекић И., *Коментар закона о санацији и престанку организација удруженог рада*, Савремена администрација, Београд, 1981
- Константиновић М., „Забрана злоупотребе права и социјализација права“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 3-4/1982
- Љутић И., „Директори у сенци“ – Аспекти de facto и de jure контроле транснационале компаније, *Српска правна мисао*, 2014
- Љутић И., *Правна контрола транснационалних компанија*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитет у Нишу, 2013
- Љутић И., „Примена института „пробијања правне личности“ код транснационалних компанија“, *Правни живот*, бр. 11/2012
- Марковић Б. С., *Право пробијања изван стечаја*, Београд, 1935
- Марковић В., „Пробијање правне личности кроз нашу судску праксу“, *Правни живот*, бр. 11/2002
- Мићовић М., *Привредно право*, Крагујевац, 2012
- Миновић А., Матовић М., „Институт пробијања правне личности и његова примена приликом проширења арбитражних споразума/клаузула на непотписнице“, *Право и привреда*, бр. 4-6/2012
- Митровић В., *Стечајно право с нарочитим освртом на српско законодавство*, Београд, 1926

- Николић М., „Одговорност трећих лица за обавезе стечајног дужника применом института „пробијања” правне личности“, *Нека актуелна питања у поступку стечаја – зборник радова*, 2010
- Новковић С., *Припадност привредних друштава као елемент слободе настањивања у пракси Суда Европске уније*, докторска дисертација, Правни факултет у Новом Саду, 2015
- Перић Ж., *О обавези заштите у случају евикције код уговора о продаји и куповини*: одломак из предавања на Правном факултету, Београд, 1908
- Перовић С., *Беседе са Копаоника*, Universitas iuris naturalis Сораониси, Београд, 2012
- Перовић С., *Коментар Закона о облигационим односима*, Београд, 1995
- Перовић С., *Облигационо право*, Београд, 1986
- Радишић Ј., *Облигационо право*, Београд, 2004
- Радишић Ј., „Противправност као услов грађанске одговорности“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1-4/2001
- Радовић В., „Стечај повезаних друштава – основни проблеми и недоумице“, *Harmonius – Journal of Legal and Social Studies in South East Europe*, бр. 1/2014
- Радовић В., „Побијање правних радњи без накнаде или уз незнатну накнаду у стечајном поступку“, *Анали Правног факултета у Београду*, 1/2013
- Радовић В., „Основно колизионо правило у међународном стечајном праву (*lex fori concursus*) са посебним освртом на Уредбу о стечајним поступцима“, *Harmonius – Journal of Legal and Social Studies in South East Europe*, бр. 1/2013(а)
- Радовић В., „Принцип чисте универзалности у међународном стечају“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2/2013(б)
- Радовић В., *Индивидуални стечај – Стечај над имовином физичког лица*, Београд, 2006
- Радовић В., „Класификовање потраживања у поступку реорганизације“, *Зборник радова „Хармонизација стечајног права и нови Закон о стечајном поступку“*, Правни факултет Универзитета у Нишу, 2005
- Радовић В., Стечајни разлози, *Право и привреда*, бр. 5-8/2003
- Радовић М., „Положај заложних („хипотекарних“) поверилаца у стечајном поступку“, *Право и привреда*, бр. 4-6/2014
- Радовић М., „Рад и услуге као улог у основни капитал привредног друштва“, *Право и привреда*, бр. 4-6/2013
- Радовић М., „Правни положај поверилаца услед непоступања по усвојеном плану реорганизације“, *Право и привреда*, бр. 10-12/2013(а)
- Радовић М., *Правни третман камате у стечајном поступку*, Преддокторски рад, Правни факултет у Београду, Архива, 2012

- Радовић М., „Стечајноправне последице неовлашћеног отуђења предмета излучног права“, *Развој правног система Србије и хармонизација са правом ЕУ: прилози Пројекту 2010*, Београд, 2010
- Радуловић Б., „Унапред припремљени планови реорганизације и проблем негативне селекције“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1/2015
- Радуловић Б., Унапред припремљени планови реорганизације у Републици Србији, упоредно правна и емпиријска анализа, *Усклађивање пословног права Србије са правом ЕУ*, 2014
- Радуловић Б., Субординација зајмова власника у стечајном поступку – економска логика, упоредна решења и примена у Републици Србији, *Усклађивање пословног права Србије са правом ЕУ*, 2014
- Радуловић Б., „Стечај у Србији – чињенице, заблуде и ненамераване последице“, *Економска политика Србије у 2014: Могућности привредног раста у условима реформи и фискалне консолидације*, Економски факултет Универзитета у Београду, 2014
- Радуловић Б., „Емпиријска анализа банкрутства у Републици Србији“, *Усклађивање пословног права Србије са правом Европске Уније – 2011* (ур. В. Радовић)
- Серјевић В., „Контрола законитости пословања привредног друштва и лична одговорност директора (управе) друштва“, *Право и привреда*, бр. 4-6/2010
- Слијепчевић Д., *Коментар Закона о стечају*, Београд, 2016
- Слијепчевић Д., „Стечај повезаних лица“, *Радни материјал са XIX саветовања судија привредних судова Републике Србије*, Златибор, 2011
- Слијепчевић Д., „Правне последице неизвршења плана реорганизације“, *Правни информатор*, бр. 3/2011
- Слијепчевић Д., „Услови и начини стечајног побијања по Закону о стечају“, *Правни информатор*, бр. 4/2010
- Слијепчевић Д., „Непоступање по усвојеном плану реорганизације“, *Билтен судске праксе привредних судова Републике Србије*, бр. 3/2010(а)
- Слијепчевић Д., „Заштита мањинских поверилаца у поступку реорганизације“, *Правни информатор*, бр. 10/2009
- Слијепчевић Д., Спасић С., *Коментар закона о стечајном поступку*, Београд, 2006
- Слијепчевић Д., „Реорганизација стечајног дужника“, *Правни информатор*, бр. 4/2006
- Слијепчевић Д., Индивидуалне и деривативне тужбе по Закону о привредним друштвима, *Право и привреда*, бр. 1-4/2005
- Спасић С., „Компензација (пребијање) потраживања из уговора у привреди у пракси трговинских судова“, *Билтен судске праксе Врховног суда Србије*, бр. 3/2003

- Станивуковић М., „Закон о стечају и арбитража“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 1/2014
- Станивуковић М., „Тачке везивања за комерцијална правна лица у међународном приватном праву“, *Правни живот*, бр. 12/2003
- Станковић Г., *Грађанско процесно право*, прва свеска, Ниш, 2007
- Стојановић Д., „Бездржавинска залога (покретна хипотека) – упоредноправна студија“, *Зборник правног факултета у Нишу*, Ниш, 1971
- Стојановић Д., „Злоупотреба у нашој теорији, законодавству и судској пракси“, *Зборник Правног факултета у Нишу*, бр. 9/1970
- Станковић О., Водинелић В., *Увод у грађанско право*, Београд, 2004
- Тешић Н., „О предмету заложног права“, *Правни живот*, бр. 10/2003
- Тодоровић И., *Спровођење стечаја путем реорганизације*, Београд, 2016
- Хибер Д., „Побијање уговора о јемству у стечајном поступку“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1/2015
- Цимерман Ф. (нем. *Zimmermann F.*), Ј. Обућина, И. Миловановић, *Побијање правних радњи стечајног дужника*, Београд, 2015
- Чоловић, В. „Координација стечајних поступака – са посебним освртом на трансфер средстава стечајне масе и стечај повезаних друштава“, *Годишњак Факултета правних наука*, Бања Лука, бр. 6/2016
- Чоловић В., *Међународни стечај*, Источно Сарајево, 2005

- Литература из држава у окружењу –

- Arbutina H., „Jedan napor za postignuće harmonizacije oporezivanja dobiti u Evropskoj uniji: Direktiva o matičnom i zavisnom društvu“, *Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske*, Vol. 1, br. 1/2010
- Barbić J., „Nekorišćene tužbe zbog izigravanja vjerovnika u pravu društava i obveznom pravu“, *Pravo u gospodarstvu*, бр. 4/1999
- Barbić J., *Pravo društava, knjiga prva - Opći deo*, Zagreb, 1999
- Barbić J., *Pravo društava, knjiga druga – Društva kapitala*, Zagreb, 2005
- Barbić J., „Utjecaj nemačkog prava na stvaranje hrvatskog prava društava“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, br. 44/2007
- Brnabić R., „Materijalna potkapitalizacija u francuskom pravu društava kapitala“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, br. 1/2013
- Brnabić R., *Proboj pravne osobnosti i odgovornost za obveze*, Doktorska disertacija, Pravni fakultet, Sveučilište u Zagrebu, Zagreb, 2010

Brnabić R., Inavčev M., „Jednostavno društvo s ograničenom odgovornošću“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, br. 2/2014

Dika M., *Četvrta novela stečajnog zakona*, Zagreb, 2006, извор: <http://www.sudacka-mreza.hr/>

Žunić Kovačević N, Gadžo S., „Institut zakonskog poreskog jamstva nakon novele Općeg poreskog zakona 2012.: „proboj pravne osobnosti“ trgovačkih društava u slučaju zlouporabe prava“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, br. 1/2013

Ivanjko Š., „Suprotni ili jedinstveni interesi u trgovačkom društvu“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, Vol. 56, 2006

Манолева-Митровска, Д., „Фази во реорганизацијата на стечајниот должник во правото на Република Македонија“, *Зборник Правног факултета у Загребу*, бр. 2/2011

Marin J., „Proboj pravne osobnosti u pomorskom pravu“, *Poredbeno pomorsko pravo*, Vol. 40, br. 155/2001

Filipović B., „Odgovornost društva majke za obveze društva kćeri“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci*, br. 2/2011

Širola N., „Odgovornost članova društva sa ograničenom odgovornošću za nedopušten zahvat u imovinu društva“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, Vol. 61, br. 5/2011

- Страна литература -

Albert M. D. Addressing abuse of the corporate entity in the People's Republic of China: New thoughts on China's need for a defined veil piercing doctrine, *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, Vol.23, 2002

Alces K. A., „Enforcing Corporate Fiduciary Duties in Bankruptcy“, *Kansas Law Review*, Vol. 56(1), 2007

Alting C., Piercing the Corporate Veil in American and German Law – Liability of Individuals and Entities: A Comparative View, *Tulsa Journal of Comparative and International Law*, No. 2, 1995

Anderson H., Piercing the Veil on Corporate Groups in Australia: The Case for Reform, *Melburne University Law Review*, 2009

Armour J., Hansmann H., Kraakman R., „The Essential Elements of Corporate Law“, European Corporate Governance Institute, Law Working Paper No. 134/2009

Bainbridge M. S., „Abolishing LLC Veil Piercing“, *University of Illinois Law Review*, Vol. 77, No. 1/2005

Bainbridge M. S., „Abolishing Veil Piercing“, *The Journal of Corporation Law*, 2001

- Baird D. G., „Substantive Consolidation Today“, *Boston College Law Review*, Vol. 47, 2005
- Ballantine H., „Separate Entity of Parent and Subsidiary Corporation“, *California Law Review*, Vol. 14, 1925
- Ballotti R. F., Shaner W. M., Safe Harbor for Officer Reliance: Comparing The Approaches of The Model Business Corporation Act and Delaware’s General Corporation Law, *Duke Law - Law and Contemporary Problems*, Vol. 74, No. 1/2011
- Bakst D., „Piercing the Corporate Veil for Environmental Torts in the United States and the European Union: The Case for the Proposed Civil Liability Directive“, *Boston College International & Comparative Law Review*, Vol. 19, No. 2/1996
- Banerjea N. R., „Haftungsfragen in Fällen materieller Unterkapitalisierung und im qualifizierten faktischen Konzern“, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP)*, 1999
- Bayers M., „Director’s Duties in the „Vicinity of Insolvency“: Why a Fiduciary Duty to Creditors Should not be Triggered“, 2011, стр. 7-12; извор: <https://www.insolvency.ca>
- Bendremer F., „Delaware LLCs and Corporate Veil Piercing: Limited Liability has its Limitations“, *Fordham Journal of Corporate & Financial Law*, Vol. 10, 2005
- Berle A. Jr., „The Theory of Enterprise Entity, *Columbia Law Review*“, Vol. 47, No. 3/1947
- Birds J., Boyle A. J., MacNeil I., McCormack G., Twigg-Flesner C., Villiers C., *Boyle & Birds' Company Law*, Bristol, 1995
- Bishop K. G., „Reverse Piercing: A Single Member LLC Paradox“, *South Dakota Law Review*, 2009
- Blumberg P. I., *The Law of Corporate Groups: Tort, Contract, and Other Common Law Problems in the Substantive Law of Parent and Subsidiary Corporations*, 1987
- Blumberg P. I., Strasser K. A., Georgakopoulos N. L., Gouovin E. J., *Blumberg on Corporate Groups*, Wolters Kluwer, New York, 2015
- Bork R., *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Gesetzbuchs*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2006
- Boschma H., Lennarts L., Schutte-Veenstra H., „The Reform of Dutch Private Company Law: New Rules for the Protection of Creditors“, *European Business Organization Law Review*, No. 8/2007
- Boyd C. L., Hoffman D. A., „Disputing Limited Liability, *Northwestern University Law Review*, Vol. 104, No. 3/2010
- Branson D., Holding multinational corporations Accountable? Achilles’ heels in alien torts claims act litigation, *Santa Clara Journal of International Law*, 1/2011
- Byers M., „Director’s Duties in the „Vicinity of Insolvency“: Why a Fiduciary Duty to Creditors Should not be Triggered“, 2011, извор: <https://www.insolvency.ca>
- Cataldo B. F., „Limited Liability with One-Man Companies and Subsidiary Corporations“, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 18, 1953

- Cheng T. K., „The Corporate Veil Doctrine Revisited: A Comparative Study of The English And The U.S. Corporative Veil Doctrines“, *Boston College International and Comparative Law Review*, Vol. 34, 2011
- Cheng T. K., „The Lifting the Corporate Veil Doctrine in Hong Kong: an Empirical, and Development Perspective“, *Common Law World Review*, Vol. 40, No. 3/2011
- Chopper J., Coffee J., Gilson R., *Cases and Materials on Corporations*, Wolters Kluwer, New York, 2000
- Clark R., „The Duties of the Corporate Debtor to Its Creditors“, *Harvard Law Review*, 1977
- Clark R., *Corporate Law*, 1986
- Cozain M., Vainder A., Deboissy F., *Droit des societes*, Paris, 2004
- Dammann J., Schundler M., „The Incorporation Choices of Privately Held Corporations“, *The Journal of Law, Economics & Organization*, Vol. 27, No. 1/2009
- Davies P., „Board structure in the UK and Germany: convergence or continuing divergence?“, *International and Comparative Corporate Law Journal*, No. 2/2000
- Davies P., *Gower's Principles of Modern Company Law*, Sweet & Maxwell, London, 1997
- Dellatre C., „Appréciation de l'insuffisance d'actif et de la faute de gestion à l'occasion d'une action en comblement de passif“, *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, No. 48/2005
- Dine J., *The Governance of Corporate Groups*, Cambridge University Press, New York, 2000
- Dobson M. J., „Lifting the Veil in Four Countries: The Law of Argentina, England, France and The United States“, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 35, No. 4/1986
- Dodd M. E., „The Evolution of Limited Liability in American Industry: Massachusetts“, *Harvard Law Review*, Vol. 61, No. 8/1948
- Dussault R., „De l'abus des droit“, *Les Cahiers des droit*, num. 3/1961, Université Laval,
- Easterbrook F. H., Fischel D. L., „Limited Liability and the Corporation“, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 52, No. 1/1985
- Elkin J., „Lifting the Veil and Finding the Pot of Gold: Piercing the Corporate Veil and Substantive Consolidation in the United States“, *Dispute Resolution International*, No. 2/2012
- Eidenmüller H., Grunewald B., Noack U., „Minimum capital in the System of Legal Capital“, (ed. M. Lutter, Legal Capital in Europe, *European Company and Financial Law Review*, 2006
- Eidenmüller H., Schon W., *The Law and Economics of Creditor Protection*, Asser Press, The Hague, 2008

- Eisenberg M., Self-Interested Transactions In Corporate Law, *Journal of Corporation Law*, 13/1988
- Ehricke U., *Das abhängige Konzernunternehmen in der Insolvenz*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1998
- Emberland M., „The Corporate Veil in the Case Law of the European Court of Human Rights“, *Heidelberg Journal of International Law*, 2003
- Epperson M., Canny J., „The Capital Shareholder’s Ultimate Calamity: Pierced Corporate Veils and Shareholder Liability in the District of Columbia, Maryland and Virginia“, *Catholic University Law Review*, 1988
- Farrar H. J., „Doctrinal Incoherence and Complex Variables in Piercing the Corporate Veil Cases“, *Australian Journal of Corporate Law*, 2014
- Farrar H. J., „Piercing the Corporate Veil in Favour of Creditors and Pooling of Groups – a Comparative Study“, *Bond Law Review*, 2013
- Ferran E., Chan Ho L., *Principles of Corporate Finance Law*, Oxford University Press, 2014
- Figuroa D., „Comparative Aspects of Piercing the Corporate Veil in the United States and Latin America“, *Duquesne Law Review*, 2012
- Finch V., *Corporate insolvency law*, Cambridge University Press, New York, 2009
- Frieze S., *Insolvency law*, London, 2001
- Gabrelli D., „The Case Against „Outsider Reverse“ Veil Piercing in Company Law“, *Journal of Corporate Law Studies*, 2010
- Gaertner M. J., „Reverse Piercing the Corporate Veil: Should Corporation Owners Have It Both Ways?“, *William & Marry Law Review*, 1989
- Gelb H., „Limited Liability Policy and Veil Piercing“, *Wyoming Law Review*, No. 2/2009
- Gelb H., „Piercing the Corporate Veil – The Undercapitalization Factor“, *Chicago-Kent Law Review*, Vol. 59, 1982
- Georgakopoulos N. L., Bankruptcy Law for Productivity, извор: <http://ssrn.com/abstract=260208>
- Georgakopoulos N. L., Bankruptcy Veil-piercing: Bypassing Broken Nodes?, извор: <http://ssrn.com/abstract=1639786>
- Gilbert J. S., „Substantive Consolidation in Bankruptcy: A Primer“, *Vanderbilt Law Review*, 1990
- Goulding S., *Company Law*, Cavendish Publishing Limited, London, 1999
- Graulich T., „Substantive Consolidation – A Post-Modern Trend“, *American Bankruptcy Institute Law Review*, Vol. 14, 2006
- Grelon B., C. Dessus-Larrivé, „La confusion des patrimoines au sein d’un groupe“, *Revue des sociétés*, No. 2/2006
- Griffin S., *Company Law: fundamental principles*, Horlow: Longman, 2000

- Habersack M., „Grundfragen der freiwilligen oder erzwungenen Subordination von Gesellschafterdarlehen“, *Zeitschrift für Unternehmens – und Gesellschaftsrecht (ZGR)*, 2000
- Hackey W., Benson T., „Shareholder Liability for Inadequate Capital“, *University Pittsburgh Law Review*, 1981
- Halpern P., Trebilcock M., Turnbull S., „An Economic Analysis of Limited Liability in Corporation Law“, *The University of Toronto Law Journal*, No. 2/1980
- Handlin O., Handlin M. F., „Origins of American Business Corporation“, *The Journal of Economic History*, Harvard University, No. 1/1945
- Hansmann H., Kraakman R., „Toward Unlimited Shareholder Liability for Corporate Torts“, *The Yale Law Journal*, No. 7/1991
- Heintzman T., Kain B., *Through the looking glass: Recent developments in piercing the corporate veil*, *Banking & Finance Law Review*, 2014
- Hightower J., „The Consolidation of the Consolidations in Bankruptcy“, *Georgia Law Review*, 2003
- Hirsch A. J., „The Problem of the Insolvent Heir“, *Cornell Law Review*, Vol. 74, 1989
- Holdsworth W. S., *A History of English Law*, London, 1927
- Keay A., Murray M., „Making Company Directors Liable: A comparative analysis of Wrongful Trading in the United Kingdom and Insolvent Trading in Australia“, *INSOL International Insolvency Review*, Vol. 14, 2005
- Keay A., „Wrongful trading: Problems and Proposals“, *Northern Ireland Legal Quarterly*, 2014
- Kessler R. A., „With Limited Liability For All: Why Not a Partnership Corporation?“, *Fordham Law Review*, Vol. 36, 1967
- Kraakman R., „Concluding Remarks on Creditor Protection“, *European Business Organization Law Review*, Vol. 7, 2006
- Krendl C. S., Krendl J. R., „Piercing the corporate veil: focusing the inquiry“, *Denver Law Review*, Vol. 55, No. 1/1978
- Kryvoi Y., „Piercing the Corporate Veil in International Arbitration“, *The Global Business Law Review*, Vol. 1:169, 2011
- Landers J., „Another word on Parents, Subsidiaries and Affiliates in Bankruptcy“, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 43, 1976
- Landers J., „A Unified Approach To Parent, Subsidiary and Affiliate Questions in Bankruptcy“, *The University of Chicago Law Review*, No. 4/1975
- Lutter M., *Der qualifizierte faktische Konzern*, AG 1990
- Macey J., Mitts J., „Finding Order in the Morass: The Three Real Justifications for Piercing the Corporate Veil“, *Cornell Law Review*, Vol. 100, 2014
- Marson J., *Business Law*, Oxford University Press, 2011

- Matheson J., „The Limits of Business Limited Liability: Entity Veil Piercing and Successor Liability Doctrines“, *William Mitchell Law Review*, Vol. 31, 2004
- Matheson J., „The Modern Law of Corporate Groups: An Empirical Study of Piercing the Corporate Veil in the Parent-Subsidiary Context“, *North Carolina Law Review*, Vol. 87, 2009
- Matheson J., „Why Courts Pierce: An Empirical Study of Piercing the Corporate Veil“, *Berkeley Business Law Journal*, Vol. 7, 2010
- Mendelson N., A Corporate-Based Approach to Shareholder Liability for Corporate Torts“, *Columbia Law Review*, Vol. 102, 2002
- Menell P. S., „Liability of Parent Corporations for Hazardous Waste Cleanup and Damages“, *Harvard Law Review*, Vol. 99, 1986
- Miller E., „Governing Persons and Owners in Action: Liability Protection and Piercing the Veil of Texas Business Entities“, *State Bar of Texas – Essentials of Business Law*, 2014, извор: <http://www.baylor.edu/law/facultystaff/doc.php/219169.pdf>
- Miller E., „Owner Liability Protection and Piercing the Veil of Texas Business Entities“, *Dallas Bar Association – Tax Section*, 2012
- Millon D., „Piercing the Corporate Veil, Financial Responsibility and the Limits of Limited Liability“, *Emory Law Journal*, Vol. 56, No. 5/2007
- Miola M., „Legal Capital Rules in Italian Company Law and the EU Perspective“, *European Company and Financial Law Review* (M. Lutter ed.), 2004
- Morris G., „Piercing the Corporate Veil in Louisiana“, *Louisiana Law Review*, Vol. 52, 1991
- Morrisey D., „Piercing All the Veils: Applying an Established Doctrine to a New Business Order“, *The Journal of Corporation Law*, Vol. 32, No. 3/2007
- Mraz M., „Extension of arbitration agreement to non – signatories: some reflections on Swiss judicial practice“, *Annals FLB – Belgrade Law Review*, No. 3/2009
- Murdock C., „Limited Liability Companies in the Decade of the 1990's. Legislative and Case Law Developments and Their Implications for the Future“, *The Business Lawyer*, Vol. 56, 2001
- Mühlens J., *Der sogenannte Haftungsdurchgriff im deutschen und englischen Recht: Unterkapitalisierung und Vermögensentzug*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2006
- Müller-Freienfels W., *Zur Lehre vom sogenannten Durchgriff bei juristischen Personen im Privatrecht*, Archiv für Die Civilistische Praxis, 1958
- Noonan E., „To Pierce or Not to Pierce? When Is the Question. Developing a Federal Rule of Decision for Piercing the Corporate Veil Under CERCLA“, *Washington University Law Quarterly*, Vol. 68, 1990
- Oh B. P., Veil-Piercing“, *Texas Law Review*, Vol. 81, 2010
- Oh B. P., „Veil-Piercing Unbound“, *Boston University Law Review*, Vol. 93, 2013
- Pennington R., *Company Law*, London, 1995
- Pettet B., *Company Law*, Longman Law Series, London, 2005

- Posner R., *Economic Analysis of Law*, Aspen Law and Business of Aspen Publishers, New York, 1998
- Posner R., „The Rights of Creditors of Affiliated Corporations“, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 43, No. 3/1976
- Powell F., *Parent and Subsidiary Corporations: Liability of a Parent Corporation for the Obligations of Its Subsidiary*, Chicago: Callaghan and Company, 1931
- Presser S., *Piercing the corporate veil*, West, 2011
- Priester H. J., „Die eigene GmbH als fremder Dritter Eigensphäre der Gesellschaft und Verhaltenspflichten ihrer Gesellschafter“, *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (ZGR)*, 1993
- Raiser T., u: Schneider U. H., Hommelhoff P., (Ur.), *Die Haftungsbeschränkung ist kein Wrsensme-rkmal der juristischen Person, Festschrift für Marcus Lutter*, Köln, 2000
- Radović V., Tešić N., „On Creditor’s Supplemental Rights“, *Annals FLB – Belgrade Law Review*, No. 3/2015
- Rands W., „Domination of a Subsidiary by a Parent“, *Indiana Law Review*, Vol. 32, 1999
- Ramsey I., Noakes D., „Piercing the Corporate Veil in Australia“, *Company and Securities Law Journal*, 2001
- Ribstein L. E., „Limited Liability and Theorises of the Corporation“, *Maryland Law Review*, Vol. 50, 1991
- Reboul N., „Remarques sur une notion conceptuelle et fonctionnelle: l'affectio societatis“, *Revue des sociétés*, No. 3/2000
- Ronse J., „La responsabilité fautive des administrateurs et gérants en cas de faillite et d’insuffisance d’actif“, *Revue Responsabilité civile et assurances*, 1979
- Rouast-Bertier P., „Société fictive et simulation“, *Revue des sociétés*, 1993
- Saint-Alary-Houin C., „La responsabilité patrimoniale des dirigeants de sociétés en difficulté“, *Revue des procédures collectives*, 2001
- Seavoy R. E., *The Origins of the American Business Corporation 1784-1855: Broadening the Concept of Public Service During Industrialization*, 1982
- Schupp R., „Substantive Consolidation: The Evolution and Use of an Equitable Power“, *Commercial Law Review*, 1991
- Singhof B., „Equity Holders' Liability for Limited Liabilities Companies' Unrecoverable Debts—Reflections on Piercing the Corporate Veil under German Law“, *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, No. 2/1999
- Smith D., „Piercing the Corporate Veil in Regulated Industries“, *Brigham Young University Law Review*, 2008
- Solomon L. D., Collins K. J., „Humanistic Economics: A New Model for the Corporate Social Responsibility Debate“, *Journal of Corporation Law*, Vol. 12, 1987

- Stiglitz J. E., „Bankruptcy Laws: Basic Economic Principles“, *Resolution of Financial Distress – An International Perspective on the Design of Bankruptcy Laws* (eds: S. Claessens, S. Djankov, A. Mody), 2001
- Thompson R., „Piercing the Corporate Veil: An Empirical Study“, *Cornell Law Review*, Vol. 76, 1991
- Thompson R., „Piercing the Veil Within Corporate Groups: Corporate Shareholders as Mere Investors“, *Connecticut Journal of International Law*, 1999
- Tolmie F., *Introduction to corporate and personal insolvency law*, London, Sweet & Maxwell, 1998
- Vanderkerchove K., *Piercing the corporate veil: A transnational approach*, Doctoraatsproefschrift, Katholieke Universiteit Leuven, 2006
- Vanderkerchove K., *Piercing the Corporate Veil: A Transnational Approach*, Kluwer Law International, 2007
- Vukovich W., Civil remedies in bankruptcy for corporate fraud, *American Bankruptcy Institute Law Review*, 1998
- Weber-Rey D., „Insolvency of a German Limited Liability Company: De facto Shareholders, Group Liability for Individual Shareholders“, *Pace International Law Review*, Vol. 7, 1995
- Wes, E. J. Jr., „Substantive Consolidation in Bankruptcy: a Flow of Funds Approach“, *California Law Review*, Vol 65, 1977
- Wimmer-Leonhardt S., *Konzernhaftungsrecht: Die Haftung der Konzernmuttergesellschaft für die Tochtergesellschaften im deutschen und englischen Recht*, Tübingen, 2004
- Wormser M., „Piercing the Veil of Corporate Entity“, *Columbia Law Review*, Vol. 12, No. 6/1912
- Wormser M., *Disregard of the Corporate Fiction and Allied Corporation Problems*, New York, 1927
- Wu M., „Piercing China’s Corporate Veil: Open Questions from the New Company Law“, *The Yale Law Journal*, Vol. 117, No. 2/2007
- Wymeersch E., *The Transfer of the Company’s Seat in European Company Law*, Working Paper No. 08/2003, European Corporate Governance Institute, 2003
- Ziembinski Z., „Moralność jako czynnik kształtujący stosowanie prawa“, *Etyka*, No. 5/1969

БИОГРАФИЈА АУТОРА

Марко Радовић је рођен у Нишу 21. јуна 1985. године. До 1999. године живео је у Приштини, свом завичајном граду. Похађао је Основну школу “Јован Јовановић Змај” у Приштини и Основну школу „Свети Сава“ у Крушевцу. За одличан успех током основног образовања награђен је Вуковом дипломом. Добитник је и друге награде на републичком такмичењу из историје на тему „Србија Немањића и Хиландар“. Гимназију у Крушевцу је завршио са одличним успехом и изузетним спортским успесима.

Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици уписао је школске 2004/2005. године, а дипломирао септембра 2010. године. За успех током студија и изузетну посвећеност опстанку српског народа на Косову и Метохији, награђен је дипломом „Истакнути студент“ од стране Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици.

Године 2010. уписао је докторске студије на Правном факултету Универзитета у Београду, на пословноправном модулу. С обзиром да пре уписа докторских студија није похађао мастер студије, на првој години докторских студија положио је све испите са мастер студија на пословноправном модулу и успешно одбранио преддокторски рад на тему „*Правни третман камате у стечајном поступку*“, пред комисијом у саставу: проф. др Мирко Васиљевић и проф. др Вук Радовић. Испит из Методологије научно-истраживачког рада и вештина положио је 6. марта 2012. године пред комисијом у саставу: проф. др Саша Бован и проф. др Вук Радовић, са оценом 10. Први усмени докторски испит (предмети: Компанијско право, Трговинско право и Право интелектуалне својине) положио је 21. октобра 2013. године пред комисијом у саставу: проф. др Мирко Васиљевић, проф. др Вук Радовић и проф. др Душан Поповић, са оценама 9 из сваког испитног предмета. Други усмени докторски испит (предмети Међународно привредно право и Стечајно право) положио је 8. јула 2014. године пред комисијом у саставу: проф. др Вук Радовић и доцент др Милена Ђорђевић, са оценама 10 и оба испитна предмета. Семинарски рад на тему “*Потраживања*

на основу испоручене електричне и топлотне енергије”, под менторством проф. др Вука Радовића, одбранио је са одликом.

Запослен је у Привредном суду у Крагујевцу. На радном месту судијског помоћника – приправника обављао је послове почев од 4. јануара 2011. године до 4. јануара 2014. године. Од 4. јануара 2014. године у Привредном суду у Крагујевцу обавља послове судијског помоћника у звању судијског сарадника.

Правосудни испит положио је 31. маја 2013. године.

Говори енглески језик и познаје руски језик.

Ожењен је Јеленом и отац је малог Вука.

Претходни научни радови:

- „Одговорност државе према повериоцима субјеката приватизације“, *Право и привреда*, бр. 4-6/2016, стр. 215-232
- „Потраживања на основу испоручене електричне и топлотне енергије“, *Право и привреда*, бр. 4-6/2015, стр. 519-542
- „Положај заложних („хипотекарних“) поверилаца у стечајном поступку“, *Право и привреда*, бр. 4-6/2014, стр. 245-250
- „Правни положај поверилаца услед непоступања по усвојеном плану реорганизације“, *Право и привреда*, бр. 10-12/2013, стр. 103-122
- „Рад и услуге као улог у основни капитал привредног друштва“, *Право и привреда*, бр. 4-6/2013, стр. 226-242
- „Неправна и неморална селективност Закона о враћању одузете имовине и обештећењу“, *Правни живот*, бр. 3/2012, стр. 581-593
- „Правни третман камате у нашем стечајном праву“, *Право и привреда*, бр. 4-6/2012, стр. 285-304
- „Дозвољеност привремене мере према стечајном дужнику“, *Студентска ревија за привредно право*, бр. 1-2011/2012, стр. 14-17
- *Уговор о факторингу*, семинарски рад, 2010, архива Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици

Прилог 1.

ИЗЈАВА О АУТОРСТВУ

Потписани-а Марко Раковић

Број индекса ДС 14/2010

Изјављујем

да је докторска дисертација под насловом

„Гробијане гробне личности у савременом грађевинарству“

- резултат сопственог истраживачког рада,
- да предложена дисертација у целини ни у деловима није била предложена за добијање било које дипломе према студијским програмима високошколских установа,
- да су резултати коректно наведени и
- да нисам кршио/ла ауторска права и користио интелектуалну својину других лица.

У Београду, 06. 03. 2017

Потпис докторанда

Марко Раковић

Прилог 2.

**ИЗЈАВА О ИСТОВЕТНОСТИ ШТАМПАНЕ И ЕЛЕКТРОНСКЕ
ДОКТОРСКОГ РАДА**

Име и презиме аутора Марко Радован
Број индекса ДС 14/2016
Студијски програм Јословној грабни
Наслов рада "Тржиште грабне личности у савременом јословној грабни"
Ментор проф. др Вук Радован
Потписани/а Марко Радован

Изјављујем да је штампана верзија мог докторског рада истоветна електронској верзији коју сам предао/ла за објављивање на порталу **Дигиталног репозиторијума Универзитета у Београду**.

Дозвољавам да се објаве моји лични подаци везани за добијање академског звања доктора наука, као што су име и презиме, година и место рођења и датум одбране рада.

Ови лични подаци могу се објавити на мрежним страницама дигиталне библиотеке у електронском каталогу и у публикацијама Универзитета у Београду.

У Београду, 06.03.2017.

Потпис докторанда
Марко Радован

Прилог 3.

ИЗЈАВА О КОРИШЋЕЊУ

Овлашћујем Универзитетску библиотеку „Светозар Марковић“ да у Дигитални репозиторијум Универзитета у Београду унесе моју докторску дисертацију под насловом:

„Тробијанске бровне личности у савременом постојању“

која је моје ауторско дело.

Дисертацију са свим прилозима предао/ла сам у електронском формату погодном за трајно архивирање.

Моју дисертацију похрањену у Дигитални репозиторијум Универзитета у Београду могу да користе сви који поштују одредбе садржане у одабраном типу лиценце Креативне заједнице (Creative Commons) за коју сам се одлучио/ла.

1. Ауторство
2. Ауторство – некомерцијално – без прераде
3. Ауторство – некомерцијално – делити под истим условима
4. Ауторство – без прераде
5. Ауторство – делити под истим условима

(Молимо да заокружите само једну од шест понуђених лиценци, кратак опис лиценци дат је на полеђини листа).

У Београду, 06.03.2017.

Потпис докторанда

