

УНИВЕРЗИТЕТ У БЕОГРАДУ
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ
Београд, 4. фебруар 2019. године

НАСТАВНО-НАУЧНОМ ВЕЋУ ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА
УНИВЕРЗИТЕТА У БЕОГРАДУ

Одлуком Наставно-научног већа Правног факултета Универзитета у Београду донетој на седници која је одржана 24. децембра 2018. године, одређени смо за чланове Комисије за преглед и оцену докторске дисертације кандидата **Јоване Т. Величковић**, под насловом „**Деривативна тужба: компанијско-правна и процесно-правна анализа**“. Након увида у дотичну докторску расправу, слободни смо да поднесемо Наставно-научном већу следећи

РЕФЕРАТ
О ЗАВРШЕНОЈ ДОКТОРСКОЈ ДИСЕРТАЦИЈИ

1. Основни подаци о кандидату и дисертацији

а) Основни подаци о кандидату

Јована Величковић је рођена 8. јула 1988. године у Сремској Митровици, где је завршила основну школу и Гиманзију „Иво Лола Рибар“.

Правни факултет Универзитета у Београду уписала је 2007. године, а завршила 2011. године са просечном оценом 10,00, на правосудно-управном смеру. Током све четири године студија је награђивана Светосавском похвалницом Правног факултета Универзитета у Београду. Добитник је награде Фонда „Др Драгољуб Атанацковић“ за школску 2010/2011 годину (за одличан успех из предмета катедре за кривично право). Током студија била је стипендиста Министарства просвете, Фонда за младе таленте Владе Републике Србије и Фонда „Атанасије Стојковић“ из Сремске Митровице.

Мастер студије на Правном факултету Универзитета у Београду уписала је 2011. године на имовинско-правном (II) модулу, које је завршила 2012. године са просечном оценом 10,00. У оквиру мастер студија под менторством проф. др Оливера Антића и доц. др Вука Радовића одбранила је мастер рад на тему „Накнада штете привредном друштву проузрокована радом органа управе“.

По окончању мастер студија уписала је докторске студије на Правном факултету Универзитета у Београду 2012. године, пословно-правна научна област. На докторским студијама положила је испите из предмета Методи научноистраживачког рада и вештине (10), усмени докторски испит – I део из предмета: Компанијско право (9), Трговинско право (10) и Право интелектуалне својине (10), као и усмени докторски испит – II део из предмета: Стечајно право (10) и Право осигурања (10), такође је одбранила семинарски рад под насловом „Права несагласних акционара – досадашња искуства у пракси“. Тиме је испунила услове да пријави тему докторске дисертације. Пројекат докторске дисертације је одбранила 2. октобра 2017. године, пред комисијом у саставу: проф. др Мирко Васиљевић, проф. др Вук Радовић и проф. др Никола Бодирога.

Од јануара 2013. до децембра 2015. године обавља приправнички стаж у адвокатском ортачком друштву Јанковић, Поповић, Митић из Београда, на пракси код адвоката Милоша Д. Митића.

Правосудни испит је положила 30. септембра 2015. године, а адвокатски испит 15. децембра 2015. године. Децембра 2015. године уписује се у именик адвоката Адвокатске коморе Београда.

Тренутно је самосталан адвокат у Београду, у сарадњи са адвокатским ортачким друштвом Карановић & Партнерс из Београда. Као адвокат бави се заступањем клијената у привредним споровима и правним саветовањем у домену ове области.

Говори енглески језик и познаје француски језик.

Области посебног интересовања кандидаткиње су компанијско право, грађанско-процесно право и облигационо право, а у практичном раду спорови који произилазе из примене Закона о привредним друштвима.

б) Списак радова

Кандидаткиња је до сада објавила следеће радове:

1. „Одговорност за штету чланова управе привредног друштва (Члан 415. Закона о привредним друштвима)“, *Право и привреда*, бр.10-12/2012, стр. 108-127
2. „Правне последице оставке директора привредног друштва“, *Право и привреда*, бр. 4-6/2013, стр. 242-262
3. *Накнада штете привредном друштву проузрокована радом органа управе*, Правни факултет Универзитета у Београду, Центар за издаваштво и информисање, 2013 (објављен мастер рад)
4. „Начин утврђивања и правне последице неизвршења обавезе додатне уплате“, *Право и привреда*, бр. 4-6/2014, стр. 177-196
5. „Оставка директора привредног друштва (правна природа и услови за престанак функције)“, *Право и привреда*, бр. 10-12/2014, стр. 106-125
6. „Остваривање потраживања према дужнику у ликвидацији“, *Право и привреда*, бр. 10-12/2015, стр. 56-78
7. „Механизми решавања спорова између чланова привредног друштва у случају блокаде одлучивања“, *Право и привреда*, бр. 4-6/2016, стр. 233-250
8. „Права несагласних акционара – досадашња искуства у пракси“, *Право и привреда*, бр. 4-6/2017, стр. 158-178.
9. „Арбитражни споразум код уговора о продаји удела – три (спорна) питања у вези пуноважности споразума“, *Право и привреда*, бр. 4-6/2018, стр. 485-500.

в) Основни подаци о дисертацији

Наставно-научно веће Правног факултета Универзитета у Београду на седници одржаној 12. фебруара 2018. године одобрило је кандидаткињи израду докторске дисертације под насловом „Деривативна тужба: компанијско-правна и процесно-правна анализа“ и за ментора одредило проф. др Вука Радовића, тада ванредног професора, а сада редовног професора Правног факултета Универзитета у Београду.

Докторска дисертација Јоване Т. Величковић, под насловом „Деривативна тужба: компанијско-правна и процесно-правна анализа“ написана је на око 610 страница компјутерски обрађеног текста А4 формата (проред 1,5, ћирилично писмо, фонт *Times New Roman*, величина фонта 12), са 1715 фуснота, уз 16 страница библиографије, у којој је наведено 297 домаћих и страних књига, чланака и поглавља у монографијама и зборницима и 9 страница садржаја.

Докторска дисертација садржи увод, први део (компанијско-правна анализа деривативне тужбе), други део (анализа поступка по деривативној тужби), закључна разматрања и оцену постојеће регулативе и предлоге *de lege ferenda*. Први део дисертације је подељен на 15 глава (Деривативна тужба – један пример из праксе, Теоријска анализа деривативне тужбе, Историјски развој деривативне тужбе, Законодавни оквир деривативне тужбе (правно уређење), Појам и основне карактеристике деривативне тужбе, Схватања о деривативној тужби, Сврха деривативне тужбе, Деривативна тужба као изузетак од општих правила компанијског и грађанског права, Место деривативне тужбе у компанијском праву, Домен примене деривативне тужбе, Услови за подношење деривативне тужбе, Улога суда у поступку по деривативној тужби, Оправданост права чланова друштва на подношење деривативне тужбе, Однос деривативне тужбе са сличним институтима, Деривативна тужба и посебне околности). Други део дисертације је подељен на 5 глава (Поступак унутар друштва, Поступак пред парничним судом, Деривативна тужба и извршни поступак, Деривативна тужба и стечајни поступак, Деривативна тужба и арбитража).

2. Предмет и циљ дисертације

Предмет истраживања докторске дисертације је деривативна тужба.

Деривативна тужба је уведена у српско право Законом о предузећима који је ступио на снагу 4. јула 1996. године, а тренутно је непосредно регулисана чл. 79 и 80 Закона о привредним друштвима (ЗПД). Поред поменутих чланова закона, деривативна тужба је посредно регулисана и другим одредбама ЗПД, а у ширем смислу речи и одредбама процесних закона. Реч је о веома специфичном институту који је настао пре више од два века у пракси енглеских судова. Из праксе енглеских судова деривативна тужба је трансплантирана најпре у америчко право (постоје аутори који тврде да се заправо догодило обрнуто), а затим и у европска права.

Имајући у виду да свако право дефинише свој однос према деривативној тужби, те да самим тим не постоји њено јединствено уређење, тешко је дати универзалну дефиницију деривативне тужбе, која би била опште прихваћена. Због наведеног, одређење појма деривативне тужбе је најбоље дати за свако право појединачно или барем за групу права која имају слично уређење ове тужбе. Када је реч о српском праву деривативна тужба се може дефинисати као тужба коју подноси један или више чланова друштва који испуњавају законом прописане услове (капитал цензус и подношење претходног захтева друштву), у своје име, а за рачун привредног друштва, против (i) лица које има посебне дужности према друштву, а ради извршења законом прописане имовинско-правне санкције због повреде посебних дужности, (ii) акционара ради повраћаја новчаног износа који је том члану исплаћен противно правилима о ограничењима плаћања или (iii) члана друштва са

ограниченом одговорношћу ради искључења из друштва.

Управо из изложене дефиниције деривативне тужбе може се уочити да је њена основна специфичност та да представља изузетак од традиционалних принципа компанијског права и грађанског права (материјалног и процесног). Поред наведеног, из изложене дефиниције деривативне тужбе уочава се да је настала као потреба да повреда имовинских интереса друштва не остане без адекватне санкције, у околностима када положај туженог у друштву може спречити покретање поступка у име друштва.

Када је реч о компанијском праву, деривативна тужба представља изузетак од принципа расподеле компанијске моћи и принципа већинског одлучивања. Принцип расподеле компанијске моћи дефинише расподелу надлежности за доношење одлука унутар друштва (овај принцип је својствен друштвима капитала). У оквиру те расподеле, по правилу пословне одлуке друштва, међу које се убраја и покретање судског поступка, доноси управа или евентуално скупштина, али не и појединачни чланови друштва, као што је случај са деривативном тужбом. Када је реч о принципу већинског одлучивања, основна садржина принципа јесте да мањински чланови не могу доносити обавезујуће одлуке за друштво. Наиме, мањински чланови су овлашћени да предузимају правне радње које ће деловати и на привредно друштво чији су чланови (које могу бити и покретање одређене врсте судског поступка), али те правне радње су првенствено усмерене на заштиту положаја мањинских чланова у друштву и не представљају доношење одлука у оквиру правне сфере привредног друштва. У случају деривативне тужбе одлуку о подношењу тужбе могу донети и сви чланови друштва једногласно, или већина чланова, али је кључна карактеристика деривативне тужбе та да одлуку о подношењу тужбе могу донети чланови који представљају мањину у друштву (најчешће чланови који поседују одређен капитал цензус).

Када је реч о грађанском праву (материјалном и процесном) деривативна тужба представља условни изузетак од начела диспозиције, једног од темељних начела грађанског права. Сходно начелу диспозиције, само титулар повређеног права може одлучити да ли ће предузети мере у циљу заштите повређеног права. У случају деривативне тужбе, чланови друштва који представљају одвојене субјекте права у односу на привредно друштво, доносе одлуку о томе да судским путем заштите повређено право које припада друштву чији су они чланови. Дакле, реч је о заштити права које одлучује да активира треће лице, а не титулар права, што свакако има своје импликације на покретање и уређење тока судског поступка по тужби. У нашој теорији грађанског права ова појава у праву се назива акторат тј. право бити тужилац, што је различит појам од титулара материјалног права које се тужбом штити (у смислу да лице које има право на акторат истовремено не мора бити и титулар материјалног права које се тужбом штити). У том погледу деривативна тужба представља један од ретких примера у нашем праву када у парничном поступку на тужилачкој страни долази до раздвајања стварне и процесне легитимације.

Управо због чињенице да деривативна тужба представља изузетак од општих правила компанијског и грађанског права, она је константно изложена једном питању (које директно задира у оправданост постојања овог института), а то је да ли чланови друштва треба да имају право да покрену судски поступак у своје име, а за рачун друштва, те ако је одговор потврдан, онда се поставља питање под којим условима чланови друштва треба да имају ово право. У том погледу, реч је о дилеми која у себи носи вредносни суд и која не само да говори о начину структурирања садржине права, већ о потреби постојања права као таквог. Наведена питања део су једне шире и веома значајне дискусије, а то је оправданост акционарских тужби и шта је сврха постојања привредног друштва.

Иако би деривативна тужба требало да представља један од значајних института компанијског права, у нашој стручној јавности често се наилази на закључак да се деривативна тужба веома ретко користи. Да је можда реч о непровереном закључку говори образложење предлога ЗПД из 2011. године у којем је наведено „Када је реч о деривативној

тужби, основна замерка садашњег Закона је била у томе што је дата могућност баш свакоме да подноси тужбу, што је доводило до разних злоупотреба у пракси. Наиме, пракса је показала да тужбу подноси ко стигне из разних разлога“. Међутим, међу практичарима који се баве привредним правом заиста су ретки они коју су имали додира са деривативом тужбом. У јавно доступној судској пракси постоји свега неколико случајева примене деривативне тужбе. Уколико се ипак у крајњем исходу можемо сложити да се деривативна тужба ретко примењује у пракси, а опште је познато да су разне злоупотребе константа нашег привредног окружења, као нужно се поставља питање због чега је стање праксе такво, односно због чега се деривативна тужба не примењује. У литератури, странеј и домаћој, углавном се указује да је деривативна тужба веома компликована за примену, у смислу да чланови друштва морају да испуне одређене услове како би стекли право да поднесу тужбу, додатно чланови друштва сnose све трошкове поступка, а било која добит која може бити резултат поступка припада друштву, а не члановима друштва. Имајући у виду наведено стање ствари закључује се да је тешко пронаћи адекватан подстицај за подношење тужбе од стране чланова. Да је реч о вероватно погрешним хипотезама, који су заправо стереотипи говори чињеница да све већи број држава уводи деривативну тужбу, што вероватно не би био случај да је реч о у суштини не толико корисном правном институту, како се деривативна тужба у већини случајева оцењује. Додатно, када је реч о српском праву, приметно је да ЗПД почев од 2011. године, па до данас има тенденцију да проширује материјални домен примене деривативне тужбе, што указује да српски законодавац ипак верује у вредност деривативне тужбе као института компанијског права, која ће се вероватно испољити у неком наредном периоду, те би до тада требало формулисати адекватно уређење деривативне тужбе, које чини се тренутно недостаје.

Имајући у виду све наведено, дисертација има два основна циља.

Први циљ дисертације је представљање свеобухватне анализе деривативне тужбе, која је изостала током више од две деценије постојања ове тужбе у српском праву. Таква анализа нужно мора да обухвати анализу са становишта компанијског права и становишта грађанско-процесног права.

Компанијско-правна анализа деривативне тужбе започиње дефинисањем теоријског основа деривативне тужбе, анализом историјског развоја деривативне тужбе, а затим одређењем схватања (традиционално и модерно), сврхе (репресија и/или превенција штетног понашања) деривативне тужбе и односа деривативне тужбе и општих принципа компанијског и грађанског права. На тај начин формирају се основи за анализу три кључна питања која се везују за деривативну тужбу, а то су: у којим сегментима компанијског права постоји потреба да се примењује деривативна тужба, друго којим лицима треба дати овлашћење на подношење деривативне тужбе и треће под којим условима се може употребити дато овлашћење. Ипак, по свом значају се издваја питање којим лицима треба дати овлашћење на подношење деривативне тужбе, да ли само члановима друштва или би право на подношење тужбе требало дати и другим лицима, а пре свих повериоцима друштва. У том погледу, функционална анализа деривативне тужбе условљена је претходним разрешењем теоријских питања која су везују за деривативну тужбу, јер одговори на постављена теоријска питања утичу на дефинисање законодавног уређења деривативне тужбе, пре свега у погледу персоналног домена примене. Поред наведеног, на данашњем ступњу развоја компанијског права, сматра се да деривативна тужба мора служити првенствено заштити интереса друштва, што подразумева да некада тужба не би требало да буде дозвољена, иако постоје шансе за успех у спору, а што такође мора утицати на дефинисање законодавног оквира деривативне тужбе, пре свега у контексту проширивања надлежности суда и на одлучивање о целисходности деривативне тужбе. У оквиру компанијско-правне анализе деривативне тужбе посебна пажња је посвећена месту и улози деривативне тужбе у систему корпоративног управљања (која тема до сада није била предмет анализе српске теорије компанијског права), а са тиме у вези и односу деривативне тужбе и

сродних тужби компанијског права и на крају утицају посебних околности, као што су статусна промена, промена правне форме и покретање поступка ликвидације на деривативну тужбу.

У оквиру анализе поступка по деривативној тужби посебна пажња је посвећена претходном захтеву којим члан пре подношења тужбе захтева од друштва подношење директне тужбе, а који би самим тим требало да представља суштински услов за подношење деривативне тужбе у српском праву. Када је реч о процесно-правној анализи деривативне тужбе, деривативна тужба до сада није уопште била предмет анализе наше теорије грађанско-процесног права, отуда дисертација представља прво научно дело које се бави овом врстом анализе деривативне тужбе. У овом делу предмет анализе је однос деривативне тужбе и општих института процесног права (парничног, извршног, стечајног и арбитражног).

Други циљ дисертације је да након свеобухватне теоријске анализе (материјално-правне и процесно-правне) покуша да уочи разлоге због којих тужба није често коришћена у пракси, те да се након тога дају предлози *de lege ferenda*, ради дефинисања законодавног оквира деривативне тужбе који ће бити у складу са сврхом овог института, али и специфичностима привредног окружења.

3. Основне хипотезе од којих се полазило у истраживању

Хипотезе на којима се дисертација заснива међусобно су независне. Међутим, уколико се изложене хипотезе посматрају заједно дају потпуну слику појма и сврхе постојања деривативне тужбе. У том погледу, рад се заснива на следећим хипотезама:

1. Неопходност постојања деривативне тужбе у компанијском праву проистиче из специфичности правног субјективитета привредног друштва, јер би без деривативне тужбе био омогућен већи степен кршења посебних дужности према привредном друштву.

Без обзира на одређена оспоравања деривативне тужбе, проблеме који несумњиво постоје у функционисању овог правног института и чињеницу да се деривативна тужба не употребљава довољно у пракси, деривативна тужба је неопходан институт компанијског права. У одсуству деривативне тужбе, злоупотребе и друга штетна понашања од стране лица унутар компаније могла би бити санкционисана само директном тужбом, што би смањило степен вероватноће примене санкције.

Постојање деривативне тужбе у компанијском праву је неопходно на првом месту због специфичности правног субјективитета привредног друштва. Наиме, привредно друштво као правно лице своју вољу може изразити само кроз физичка лица која се налазе у његовом саставу и чине органе привредног друштва. У околностима када лица у саставу органа друштва угрозе имовинске интересе друштва, а при томе су управо органи друштва у чијем су саставу наведена лица надлежни за доношење одлуке о подношењу директне тужбе, вероватно је да код оваквог стања ствари судски поступак неће бити покренут. Такође, исти проблем може постојати и у околностима када лица, која су прекршила посебне дужности према привредном друштву, нису у саставу органа друштва који доноси одлуку о покретању поступка, али потенцијални тужени директно утичу на положај чланова органа који треба да донесе одлуку о покретању поступка, или имају неке друге заједничке интересе, који ће у крајњем резултату довести до тога да поступак не буде покренут.

У сваком случају, без обзира на околност који конкретно орган друштва би био надлежан за покретање поступка ради заштите интереса друштва, због сложености и међусобног

преплитања интереса између потенцијалног туженог и органа надлежног за покретање поступка, постоји могућност да поступак не буде покренут, а да при томе таква одлука није вођена најбољим интересом друштва. Једино решење које се може наћи за настали проблем јесте да право на подношење тужбе имају појединачни чланови друштва, који имају довољан интерес у друштву да би уопште разматрали могућност подношења тужбе. У овим околностима лица која угрозе интересе компаније не могу бити сигурна да неће сносити санкције за своје понашање, као што би то било у случају да о покретању поступка могу да одлуче само органи у чијем су саставу лица која су повредила интересе компаније или органи друштва који су на други начин интересно повезани са потенцијалним туженим. Наведена констатација остаје без обзира на то колико компликована и скупа била процедура за подношење деривативне тужбе, јер се тужени не могу поуздати да ће баш у њиховом случају процедуралне препреке бити довољан штит од одговорности. Међутим, неспорно је да свако право треба да тежи да постигне, у мери у којој је могуће, „идеално“ уређење деривативне тужбе, по ком основу се деривативна тужба неће перципирати као компликован и скуп правни механизам.

Потреба постојања деривативне тужбе пре свега постоји у сфери посебних дужности према друштву, али иста потреба може постојати и у другим сегментима компанијског права, те је задатак сваког појединачног законодавца да дефинише материјални домен примене деривативне тужбе.

2. Деривативна тужба има примену како код друштва капитала код којих је власништво дисперзовано (већи број чланова), тако и код друштава капитала код којих је власништво концентрисано (два или мањи број чланова). Требало би дозволити примену деривативне тужбе код друштава лица и код група привредних друштава.

У циљу постизања ефикасности деривативне тужбе као корективног механизма компанијског права потребно је идентификовати све сегменте компанијског права у којима има потребе за њеном применом. Обично се деривативна тужба везује за акционарска друштва, међутим једнако значајну примену деривативна тужба може имати и код друштава са ограниченом одговорношћу. У нашем праву, потреба за применом деривативне тужбе код друштава са ограниченом одговорношћу је нешто мања (али и даље постоји) посматрано у односу на акционарска друштва, јер је скупштина друштва надлежна за доношење одлуке о покретању судског поступка против директора и чланова друштва (што није случај код акционарских друштава). Међутим, без обзира на претходно наведено деривативна тужба такође може имати значајну улогу и код друштава са ограниченом одговорношћу, јер код ових друштава деривативна тужба у одређеним околностима може бити начин решавања блокаде функционисања друштва. Претходно наведено потврђује се чињеницом да је у српском праву деривативна тужба недавно уведена код института искључења члана из друштва, с обзиром на то да је пракса показала да подношење директне тужбе није увек могуће обезбедити, а јасно је да у околностима када постоји потреба да се поједини члан друштва искључи, друштво може отежано функционисати.

Када је реч о друштвима лица, опште је мишљење да у нашем праву деривативна тужба није дозвољена код друштава лица, јер закон право на подношење тужбе везује за одређени проценат власништва у основном капиталу друштва (5%), а друштва лица немају институт основног капитала. Наведени закључак је тачан уколико се задржимо на језичком тумачењу закона, али логичким тумачењем могло би се доћи до закључка да право на подношење деривативне тужбе имају чланови друштва који поседују најмање 5% удела у друштву. Међутим, имајући у виду да, на пример, сваки ортак може поднети тужбу за престанак друштва по одлуци суда, применом истог логичког тумачења може се поставити питање зашто би се право на подношење деривативне тужбе у случају ортакског друштва, које представља мање инвазивно правно средство, ограничавало поседовањем одређеног

процента удела у друштву, а са друге стране право на подношење тужбе за престанак друштва има сваки ортак (а разлог за подношење ове тужбе може се састојати и у повреди посебних дужности према друштву). Независно од постојеће законске регулативе може се расправљати о томе колико би примена деривативне тужбе била у складу са правном природом друштва лица (једно од кључних карактеристика друштва лица је да не постоји раздвајање власничке и управљачке структуре и да се функционисање друштва заснива на личним карактеристикама чланова). Међутим, без обзира на посебна својства друштава лица, до сада у литератури није дефинисан конкретан разлог због којег не би требало дозволити примену деривативне тужбе и код друштава лица. Напротив, тренутно уређење ЗПД говори у прилог (ограничене) потребе постојања деривативне тужбе и код друштава лица (уколико изузмемо одредбу о капитал цензусу као услову за подношење тужбе). На првом месту, посебне дужности као део материјалног домена примене деривативне тужбе примењују се и на друштва лица. У том погледу, обично се указује да једино дужност пажње није уведена код друштава лица, међутим уколико се узме у обзир да ову дужност имају и заступници друштва, што по редовном току ствари могу бити сви ортаци и комплементари, у крајњем исходу може се рећи да дужност пажње има своју примену и код друштава лица. Све наведено није суштински аргумент у прилог увођења деривативне тужбе код друштава лица, већ околност да оснивачким актом право на заступање друштва може бити поверено само појединим ортацима, односно комплементарима. Уколико је то случај, остали чланови, који немају статус заступника друштва, у односу према осталим члановима имају положај као и чланови друштава капитала према управи друштва. Отуда, у случају када само поједини чланови друштва лица имају право да заступају друштво, неопходно је дозволити примену деривативне тужбе, како евентуална повреда дужности према друштву од стране чланова који заступају друштво, не би остала без адекватне санкције, јер у тим околностима чланови који нису овлашћени за заступање не могу покренути поступак у име друштва. Са друге стране, у околностима када сви ортаци, односно комплементари имају право да заступају друштво, нема потребе за увођењем деривативне тужбе, јер судски поступак у име друштва може бити покренут од стране било ког члана друштва.

Када је реч о примени деривативне тужбе код повезаних друштава – вишеструка деривација, ова врста деривативне тужбе није дозвољена у српском праву. Међутим, постоје мишљења да је вишеструка деривација у ширем смислу ипак дозвољена и то у случају уговора о контроли и управљању. Ипак, потребно је указати да уређење уговора о контроли и управљању у српском праву не уводи вишеструку деривативну тужбу, већ само проширење субјективног домена примене деривативне тужбе. Наиме, у овом случају на месту туженог по деривативној тужби коју подносе чланови контролисаног друштва, поред директора контролисаног друштва, могу се наћи и директори контролног друштва који (непосредно) имају посебне дужности према контролисаном друштву. Дакле, како није реч о тужби коју би чланови једног друштва поднели за рачун другог (зависног) друштва, јасно је да није реч о вишеструкој деривацији, јер се овај појам одређује према друштву за чији рачун се тужба подноси, а не према околности да ли се на месту туженог налази директор неког другог (зависног) друштва, а посебно не уколико се директор тог другог друштва налази у непосредном дужничком односу према друштву за чији рачун се подноси тужба. Без обзира на претходно наведено, у одсуству аргумената који би говорили против вишеструке деривације, требало би законом изричито прописати вишеструку деривацију, на првом месту код друштава која су повезана капитал учешћем. Вишеструку деривацију би требало дозволити у циљу проширења домена примене деривативне тужбе и самим тим покушаја постизања већег степена корпоративне одговорности. Додатно, код повезаних друштава, деривативна тужба може допринети заштити интереса групе као целине, који представља одвојен интерес у односу на интересе појединачних друштава који се налазе унутар групе. Посебно, када је реч о српском праву, вишеструка деривативна тужба је оправдана, јер статистика власништва акционарских друштва показује да око 77% акција поседују правна лица.

3. Право на доношење одлуке о подношењу тужбе треба да имају чланови друштва као власници удела/акција у друштву, а не органи друштва или посебна тела формирана унутар друштва, без обзира на састав ових органа или тела.

Кључно питање које се поставља код уређења деривативне тужбе јесте којим лицима треба дати право на подношење тужбе. Круг лица која могу доћи у обзир за разматрање као потенцијални тужиоци код деривативне тужбе могу потицати из друштва или изван сфере друштва.

Када је реч о екстерним тужиоцима, то потенцијално могу бити јавни органи или агенције које се баве пословима у оквиру којих се прати рад и функционисање привредних друштава. Додатно, то могу бити и повериоци друштва. Међутим, имајући у виду да је реч о лицима која су веома удаљена од свакодневног пословања друштва, закључује се да не би било целисходно право на подношење деривативне тужбе дати било коме од наведених субјеката. Посебно, када је реч о повериоцима друштва, не може се оспорити чињеница да постоји оправдање, а можда и практична потреба да се право на подношење тужбе да и повериоцима друштва. Међутим, оно што је спорно јесте на који начин је могуће формулисати адекватно уређење права поверилаца на подношење деривативне тужбе. Наиме, постоји један озбиљан аргумент против постојања права поверилаца на подношење деривативне тужбе, а то је да деривативна тужба тада не би представљала корективни механизам компанијског права у контексту превазилажења проблема у изражавању правно-релевантне воље друштва, јер воља за подношење тужбе не би долазила од стране лица унутар друштва, која иначе чине део садржине правног субјективитета друштва. Поред наведеног, реални интерес поверилаца за подношење деривативне тужбе би постојао уколико би они имали директне користи од успешног окончања поступка. Међутим, веома је тешко оправдати да одређени имовински интерес који припада друштву, буде присвојен само од стране појединог повериоца, а кроз механизам деривативне тужбе који несумњиво треба да служи интересу друштва као целине.

Када је реч о лицима која потичу из самог друштва, као потенцијални тужиоци у обзир за разматрање долазе управа друштва, најчешће састављена од независних директора који нису повезани са спорним догађајем, затим скупштина чланова друштва, као орган друштва и на крају појединачни чланови друштва. На овом месту потребно је истаћи да одређење органа друштва као подносиоца деривативне тужбе може бити спорно, чак и у околностима када је реч о органу који иначе није надлежан за подношење тужбе у име друштва. Наиме, уколико се право на подношење тужбе да неком другом органу друштва, а не оном који је по редовном току ствари надлежан да покрене судски поступак у име друштва, тада пре може бити речи о прерасподели надлежности за одлучивање, него о деривативној тужби. Ипак, потребно је указати да постоје права у којима се и органи друштва означавају као подносиоци деривативне тужбе. Решење да управа друштва, па и састављена од независних чланова, има право на подношење деривативне тужбе није целисходно из два разлога. Први разлог је тај што се тиме не би остварио један од циљева деривативне тужбе, а то је да се право на подношење тужбе одвоји од лица која могу бити тужени, или су на други начин значајно интересно повезани са прекршиоцем дужности. Други разлог је тај што је тешко дефинисати критеријум независности и тиме обезбедити доношење одлуке која је на првом месту у интересу друштва. Имајући у виду наведено остаје питање да ли право на подношење деривативне тужбе треба да има скупштина друштва или појединачни чланови, који испуњавају одређене услове. Право на подношење деривативне тужбе требало би дати члану друштва као таквом, а не скупштини друштва. Проблеми који постоје уколико се право на подношење деривативне тужбе да скупштини друштва су следећи. Да би се било која одлука донела на седници скупштине чланова друштва, најпре је потребно да скупштина буде сазвана, а затим и одржана у складу са законом, односно да на скупштини друштва постоји довољна већина чланова друштва за доношење одлуке. Уколико се узме у обзир да управа друштва има значајну улогу приликом сазивања и одржавања седнице скупштине, те

да често чланови друштва нису заинтересовани за учешће на скупштини, долази се до закључка да давање права на подношење деривативне тужбе скупштини друштва није целисходно решење. Због свега наведеног, обично се сматра да је контролу, у смислу утицања да се поступак не покрене, много лакше успоставити над колективним органом, него над појединцима из ког разлога је неспорно да би право на подношење деривативне тужбе требало дати појединачним члановима друштва. За свако конкретно право остаје питање да ли ће то бити сваки члан друштва или члан друштва који поседује одређени капитал цензус или испуњава друге услове, а што искључиво треба да зависи од специфичности правног и привредног окружења у одређеној земљи. По овом питању, одређење српског законодавца је да право на подношење тужбе имају чланови који испуњавају капитал цензус од 5% и који су поднели претходни захтев друштву.

4. Сврха деривативне тужбе је принудно остварење законом прописаних санкција због кршења посебних дужности према привредном друштву и правила о ограничењима плаћања.

Деривативна тужба има две сврхе постојања, а то су накнада штете (или реализација друге имовинско-правне санкције) и превентивно дејство, односно утицај на понашање. У страниј литератури, а под тим утицајем и у нашој литератури, обично се даје предност превентивној сврси деривативне тужбе, било да се каже да је то једина сврха деривативне тужбе или да је у питању примарна сврха у односу на репресивну сврху.

Превентивна сврха деривативне тужбе подразумева да је циљ деривативне тужбе тај да сама могућност подношења тужбе утиче на понашање, на начин да потенцијалне тужене одвраћа од радњи којима се повређују имовински интереси друштва. Наглашавање превентивне сврхе деривативне тужбе, представља у суштини идеализовање деривативне тужбе, што може бити један од узрока због којег се деривативна тужба понекад оцењује као не баш користан правни институт. Наиме, истицање у први план превентивне сврхе деривативне тужбе заснива се на погрешном разумевању односа деривативне тужбе и института који представљају објективни домен примене деривативне тужбе, а нарочито посебних дужности према друштву. Посебне дужности према привредном друштву су те које би требало да превентивно делују, јер дају упутства о начину понашања лица са посебним дужностима према друштву и представљају правни основ обавезе да се та упутства поштују. Међутим, када посебне дужности као превентивни механизам закажу, онда следи поступак по директној или деривативној тужби, које за основни или барем примарни циљ имају отклањање последица насталих услед кршења посебних дужности према привредном друштву. Исти закључак се може односити и на правила о ограничењима плаћања и искључење члана друштва са ограниченом одговорношћу. Дакле, сврха деривативне тужбе је да се принудним путем оствари имовинско-правни захтев привредног друштва који је настао као последица повреде обавеза према друштву. Неспорно, деривативна тужба, као и свака друга тужба може на одређене појединце имати и превентивни ефекат, у смислу да ће их сама могућност подношења тужбе одвратити од недозвољеног понашања (такозвана репресија у функцији превенције). Међутим, имајући у виду да разлози за одређено понашање остају на нивоу унутрашње сфере сваког појединца, тешко је утврдити разлог понашања сваког појединца. У том погледу, превентивна функција деривативне тужбе је тешко мерљива и као таква не може представљати примарну сврху деривативне тужбе. Овај закључак је прихваћен и у општој теорији грађанског права где се наводи да „ако установа одговорности за штету има одређени превентивни потенцијал, то не може бити сврха њеног постојања, већ само њен секундарни, посредни ефекат“.

5. Услови за подношење деривативне тужбе морају бити у закону јасно дефинисани, без остављања простора за додатна тумачења, који треба да имају правну природу

процесних претпоставки о чијем постојању суд одлучује најкасније на припремном рочишту, посебним решењем. Такође, процесне одредбе тока поступка по деривативној тужби, а које одступају од општих правила парничног поступка морају бити јасно законом дефинисане.

У свим правима која прописују деривативну тужбу, деривативна тужба не представља општу тужбу компанијског права, већ је тужбу могуће поднети само уколико тужилац испуњава одређене услове и само у односу на законом дефинисане области компанијског права. Без обзира на број и природу услова за подношење деривативне тужбе, ти услови морају бити јасно дефинисани у закону и потребно је нагласити њихов статус процесних претпоставки о којима би суд требало да одлучи у најранијој фази поступка. Разлог због којег услови за подношење деривативне тужбе имају статус процесних претпоставки јесте тај што тек њиховим испуњењем члан друштва стиче право на подношење тужбе, односно активну процесну легитимацију. Уколико нису испуњени законом прописани услови за подношење деривативне тужбе, онда члан друштва не може имати процесну легитимацију за вођење спора и суд тужбу мора одбацити. О постојању услова за стицање процесне легитимације за подношење деривативне тужбе целисходно је одлучити на почетку поступка, како би се избегло да се тек у одмаклој фази поступка установи да тужилац не испуњава услове за подношење тужбе. Додатно, у истом процесном тренутку било би целисходно одлучити и о пасивној процесној легитимацији, која је у случају деривативне тужбе такође специфична, јер углавном само законом одређена лица могу имати статус туженог у поступку по деривативној тужби. У већини случајева о постојању услова за подношење деривативне тужбе могуће је одлучити на припремном рочишту, а изузетно током претходног преиспитивања тужбе, јер је у циљу утврђења постојања ових услова потребно утврдити одређене чињенице, што може бити предмет посебног испитног поступка, независно од доказивања основаности тужбеног захтева. У нашем праву закон прописује два услова за стицање процесне легитимације за подношење деривативне тужбе, а то су поседовање 5% учешћа у основном капиталу привредног друштва и подношење претходног захтева друштву којим се захтева подношење директне тужбе стране самог друштва. Додатно, поред наведена два услова потребно је да је тужба поднета у законом прописаном року. У односу на први услов, закон прописује да право на подношење тужбе има члан који поседује захтевани капитал цензус, без обзира да ли је основ за подношење тужбе настао пре или након стицања својства члана у друштву. Међутим, да тиме нису решене све спорне ситуације говори чињеница да се у пракси може догодити да постоји судски спор о власништву над уделом/акцијама у друштву или да је члан друштва уписан у регистар продао удео у друштву, али да промена није регистрована, па се поставља питање које лице у том случају треба да има право на подношење деривативне тужбе. Поред наведеног, од велике важности за практично функционисање деривативне тужбе јесте уређење промене чињеница, које наступе након подношења тужбе, а утичу на неки од услова за подношење тужбе. По овом питању, ЗПД је остао недоречен у погледу процесно-правних последица губитка статуса члана друштва или захтеваног капитал цензуса након подношења тужбе, а што може бити последица сингуларне (добровољне или принудне) или универзалне сукцесије. Када је реч о другом услову за подношење деривативне тужбе (претходни захтев који се подноси друштву), постоји основна недоумица, а то је коме унутар друштва члан треба да поднесе претходни захтев и на који начин, да би након тога стекао право на подношење деривативне тужбе. Додатно, постоји и проблем односа идентитета претходног захтева који се подноси друштву и деривативне тужбе која је предата суду, како у субјективном, тако и у објективном домену. Сва наведена питања, али и многа друга, која нису поменута, а тичу се испуњености услова за стицање права на подношење деривативне тужбе би требало, у мери у којој је то могуће, регулисати законом, како би се процедура за подношење деривативне тужбе учинила разумљивијом потенцијалним тужиоцима и како би се отклониле сумње око питања да ли уопште постоје услови за вођење поступка по деривативној тужби.

6. Улога суда у поступку по деривативној тужби у српском праву треба да остане одлучивање о испуњености процесних претпоставки за вођење поступка и одлучивање о основаности тужбеног захтева. Суд не треба да се бави питањем целисходности тужбеног захтева и да ли је тужбени захтев у интересу друштва.

У упоредном праву, а пре свега англосаксонском, постоји наглашена улога суда у поступку по деривативној тужби. Код ове теме највише се издваја енглеско право, у коме суд одлучује о захтеву за наставак поступка по деривативној тужби, а један од законом прописаних критеријума за одлучивање о таквом захтеву јесте утврђивање околности да ли би особа која има обавезу да поступа у интересу компаније поднела такву тужбу, што је несумњиво питање целисходности покретања поступка и питање да ли је тужба у интересу друштва (слично решење постоји и у немачком праву). У америчком праву, такође постоји одређени вид оцене целисходности поднете тужбе од стране суда, у виду права суда да настави поступак по деривативној тужби, иако је комисија формирана од стране управе друштва дала препоруку да се тужба одбаци, јер није у интересу друштва. Уколико узмемо у обзир поменута решења из упоредног права и стање наше судске праксе, неспорно је да у овом тренутку, а ни у наредном периоду нема простора да се судијама привредних судова додели улога у поступку по деривативној тужби, а која ће бити усмерена на оцену целисходности тужбеног захтева. Наиме, у пракси судије се још увек тешко сналазе и са применом института посебних дужности према привредном друштву у поступцима по директним тужбама, у смислу дефинисања правних стандарда који су садржани у законским формулацијама посебних дужности. Када би се у поступку по деривативној тужби додала и надлежност суда за преиспитивање целисходности тужбеног захтева, сигурно је да не бисмо унапредили постојеће стање ствари. Ово питање је потребно нагласити јер је наш законодавац склон да некритички преузима решења упоредног законодавстава, па би у том смислу требало избећи решења која би закомпликовала постојеће стање ствари у примени деривативне тужбе. Потребно је напоменути да оцена целисходности тужбеног захтева у материји привредних друштава није страна нашем праву (на пример, таква улога суда постоји у поступку по тужби за престанак друштва капитала коју подносе чланови који имају 20% учешћа у основном капиталу друштва). Међутим, када је реч о деривативној тужби која за предмет има уобичајене грађанско-правне захтеве, за сада нема потребе за проширењем надлежности суда и на одлучивање о целисходности тужбеног захтева. Ипак, аргумент да судови можда не би били способни да се упусте у одлучивање о томе да ли је деривативна тужба у интересу друштва не може бити трајно истицан, те у једном тренутку српско право надлежност суда мора проширити и на ово питање, али то не би требало да се догоди и скорије време, док институти компанијског права који представљају материјални домен примене деривативне тужбе, као и сама тужба не заживе у пракси. Након што судови буду стекли искуства са овим питањима, биће неопходно изменити уређење пре свега, претходног захтева, на начин да суд уколико сматра да је негативна одлука о претходном захтеву исправна, по том основу може одбацивати деривативну тужбу, при чему би онда било потребно размотрити да ли има потребе да се пропишу изузеци од обавезе подношења претходног захтева.

7. Правила о трошковима поступка треба да буду уређена на начин да се члановима друштва који су тужбу поднели у доброј вери и у најбољем интересу друштва, обезбеди надокнада трошкова, без обзира на успех спора.

Трошкови поступка су незаобилазно питање када се говори о деривативној тужби. У том погледу се обично наводи да су трошкови поступка један од главних фактора који чланови друштва узимају у обзир када одлучују да ли ће поднети тужбу, те управо чињеница да чланови друштва носе трошкове поступка, а сва корист остварена у поступку припада друштву, у крајњем исходу доводи до тога да постоји мали број поступака по деривативној тужби. Иако се не може у потпуности оспорити овакав закључак, он ипак представља

поједностављено виђење разлога због којих нема довољно деривативних тужби у пракси. Неспорно, у нашем праву измена правила о трошковима поступка може допринети постојању већег броја тужби, међутим са реформама би требали бити веома опрезни. Наиме, међусобни однос трошкова поступка и деривативне тужбе би требало разумети на начин да садржина правила о трошковима поступка треба да допринесе томе да онај члан друштва који је већ донео одлуку да поднесе тужбу, од те одлуке не одустане због трошкова поступка, а не да трошкови поступка буду подстицај за подношење тужбе. Посебно је потребно нагласити да правила о трошковима поступка не треба идеализовати на начин да уколико се чланови друштва потпуно или делимично ослободе финансијског терета подношења деривативне тужбе, то би несумњиво довело до већег броја тужби, јер у правима у којима су правила о трошковима поступка по деривативној тужби измењена и даље се расправља о недовољном броју тужби у пракси.

По овом питању неколико могућности стоји на располагању. Прва могућност је да се законом пропише да друштво сноси све трошкове поступка, без обзира на успех спора или само у случају успеха у спору (последње је решење ЗПД из 2004. године) што би могло бити логично решење уколико се узме у обзир да се у поступку у коме настају трошкови ипак одлучује о праву самог привредног друштва. Међутим, то би могло да отвори пут злоупотребама деривативне тужбе, па би се у циљу спречавања такве појаве могло размишљати о поштравању услова за подношење тужбе, што отвара дилему да ли би већи утицај на потенцијалне тужиоце имала правила о трошковима поступка или о условима за подношење тужбе. Имајући у виду наведено, чини се да би најбоље било пронаћи неко средње решење, које не подразумева да све трошкове без изузетка сноси чланови друштва нити само друштво, а које се може састојати у следећем. На пример, могло би се почети са правилом да је по избору тужиоца друштво обавезно да сноси трошкове извођења доказа (првенствено вештачења), уз право друштва да захтева надокнаду тих трошкова од тужиоца, уколико тужба није поднета у најбољем интересу друштва (слично уређење постоји у поступку спровођења посебне или ванредне ревизије). Након тога, у другој фази реформе може се прописати обавеза друштва да тужиоцу надокнади трошкове поступка о којима је одлучено у пресуди, без обзира на успех у поступку, уколико је деривативна тужба поднета у доброј вери, односно у најбољем интересу друштва. Такође, требало би дозволити да чланови друштва могу у актима друштва терет трошкова поступка по деривативној тужби у потпуности преbacити на друштво. Коначно, у трећој фази реформе могло би се размишљати о увођењу обавезе друштва да тужиоцима надокнади не само износ досуђених трошкова поступка, већ и износ стварних трошкова и евентуално супсидијарну одговорност друштва за досуђене трошкове који не могу бити наплаћени од туженог, као и могућност да чланови друштва било које од посебних правила о трошковима поступка могу да искључе оснивачким актом или статутом.

Дакле, постоји неколико модела уређења правила о трошковима поступка по деривативној тужби, али конкретан облик тог механизма зависи од тренутних околности у привредном окружењу, при чему би требало имати у виду да идеално решење вероватно није могуће дефинисати.

8. За потребе доношења одлуке о подношењу деривативне тужбе и вођење поступка по тужби, члановима друштва је потребно обезбедити адекватан механизам остваривања права на информисање и приступ документацији друштва.

Поред правила о трошковима поступка, недовољна информисаност чланова такође се сматра за једно од значајних ограничења деривативне тужбе. Чланови друштва који имају мали проценат капитал учешћа у привредном друштву, а који имају право на подношење тужбе, најчешће нису довољно информисани о пословању друштва, нити су по правилу укључени у свакодневно пословање друштва. У том смислу, чак и када мањински чланови

друштва дођу до сазнања да постоји основ за подношење деривативне тужбе, на нивоу само индиција, тешко је донети одлуку о покретању поступка, како због трошкова, тако и због потенцијалног нарушавања односа у друштву. Да би чланови друштва који су овлашћени на подношење деривативне тужбе били у могућности да утврде да ли заиста постоји основ за подношење тужбе потребно је успоставити ефикасан механизам за приступ информацијама и документима друштва. Када је реч о ЗПД општа правила која се односе на право чланова друштва на приступ актима и документима друштва су адекватно регулисана, једно што преостаје да се у пракси достигне већи степен ефикасности њихове примене. Наиме, у пракси ванпарнични поступак, који представља крајње средство за остваривање права на информисање члана друштва траје минимум два месеца, а често и више (иако закон прописује краће рокове за доношење одлуке – 8 дана за првостепену одлуку, а у пракси на првостепену одлуку се чека минимум месец дана). Правац у коме би овде требало размишљати јесте да ли чланови друштва треба да буду обавезни да у свом захтеву за приступ документима друштва наведу да је исти поднет за потребе подношења деривативне тужбе. Сходно постојећим решењима, члан друштва у захтеву за приступ документима друштва мора навести сврху због које захтев подноси, а прибављена документација се може употребити само за сврху која је наведена у захтеву. Откривање разлога за подношење захтева за приступ актима и документима друштва даје прилику лицима која су прекршила дужности да манипулишу са потенцијалним доказима у поступку или да на други начин утичу на одлуку чланова о подношењу тужбе. Такође, некада се може десити да иако је документација иницијално захтевана из другог разлога, након анализе документације може се уочити постојање основа за подношење деривативне тужбе. У том погледу, постоји основ за размишљање да се у закону пропише изузетак од правила да се прибављена документација може употребити само за сврху која је наведена у захтеву, те да изузетак буде постављен на начин да се прибављена документација може употребити и у поступку по деривативној тужби, без обзира на сврху прибављања документације која је наведена у захтеву. Поред процедуре за приступ актима и документима друштва, законом прописани поступак за спровођење посебне и ванредне ревизије (код друштава капитала), такође може имати велики значај за прикупљање информација за потребе подношења деривативне тужбе. Додатно, у теорији се сматра да и правила о сазивању седница скупштине и предлагању допуне дневног реда, као и право на постављање питања на седници (могуће само код акционарских друштва) такође доприносе бољој информисаности чланова у контексту подношења деривативне тужбе. Ипак, од свих набројаних врста информисања чланова друштва, сматра се да посебна и ванредна ревизија имају посебан значај, јер подразумевају учешће стручних лица која могу уочити пропусте унутар друштва. Са друге стране, остали видови информисања, који подразумевају само учешће чланова друштва, некада неће бити од значаја, уколико чланови друштва нису довољно способни да уоче основ за подношење тужбе и немају барем делимична предзнања о основу тужбе.

9. Изостанак примене деривативне тужбе у српском праву је у првом реду последица информационе асиметрије између чланова друштва и управе/контролног члана, као и ограничености објективног домена примене, а тек у другом реду правила о условима за подношење тужбе и правила о трошковима поступка.

Поменуто је да се правила о трошковима поступка сматрају за основни разлог због којег у нашој (и европској) судској пракси не постоји велики број поступака по деривативној тужби. Уколико овај проблем сведемо на реалне оквире, као нужно се поставља питање колико могу износити трошкови једног поступка по деривативној тужби. У примеру из праксе који је анализиран у дисертацији, трошкови поступка по деривативној тужби који је трајао непуне четири године, износили су 486.000,00 динара (судски трошкови и награда адвоката). Овај податак указује да када је реч о нашој земљи и нашем праву трошкови поступка по деривативној тужби нису милионски, као што је то случај можда у Сједињеним Америчким Државама.

Отуда, чини се да, барем када је реч о српском праву, корен проблема у функционисању деривативне тужбе је знатно дубљи. Наиме, темељ неуспешности деривативне тужбе у српском праву се свакако налази у Закону о предузећима који је увео деривативну тужбу без озбиљне анализе овог института. Осим што нису постојали јасни циљеви који су се желели постићи увођењем деривативне тужбе, сама тужба је била потпуно непримерена тадашњем привредном окружењу, јер нису постојали приватни власници капитала који би могли бити заинтересовани за подношење тужбе (при чему је било спорно у којим животним ситуацијама се тужба уопште може поднети, пошто је и лична одговорност органа управљања била такође нов концепт). Због наведеног деривативна тужба није била опажена од стране пословне праксе и временом је постала мртво слово на папиру. Међутим, околности се нису значајно промениле ни доношењем ЗПД из 2004. године, када је деривативна тужба везивана искључиво за посебне дужности према друштву и када је успостављено јединство материјално правног и процесног основа одговорности управе према друштву. У овом случају корен проблема је неразумевање материјалног домена примене деривативне тужбе. Посебне дужности, а посебно дужност пажње на неки начин су у сукобу са традиционалним институтима облигационог и уопште грађанског права европско континенталне праве традиције. Имајући у виду наведено, ни потенцијалним тужиоцима директне или деривативне тужбе, а касније ни судијама није био јасан концепт посебних дужности, што се показало у првим поступцима који су се бавили овим институтима компанијског права. Након четрнаест година по увођењу посебних дужности, у српском праву и даље не постоји велики број поступака који се баве овим питањима. Дакле, не само да не постоје деривативне тужбе, већ је веома мали број и директних тужби које се односе на посебне дужности, али се мора признати да их је знатно више у односу на деривативне тужбе. Све наведено је додатно допринело да се деривативна тужба потпуно скрајне. Поред тога, потребно је указати да наша пословна пракса нема поверење у институт одговорности директора, јер увек када се постави питање одговорности, као следеће долази питање коју корист друштво може имати од поступка. У том погледу, заједно са развојем материјалног домена примене деривативне тужбе, сигурно је да ће доћи време када ће постојати потреба праксе и за применом деривативне тужбе. По овом питању треба подсетити на јапанско искуство, где се дужност лојалности није промењивала неколико деценија по увођењу, а у српском праву посебне дужности постоје „тек“ нешто више од деценије. Од недавно прилика за афирмацију деривативне тужбе је тужбени захтев ради искључења члана друштва са ограниченом одговорношћу, за којим неспорно постоји потреба праксе. Поред свих наведених потешкоћа, сигурно је да потенцијални тужиоци нису ни стигли да се баве питањем ко сноси трошкове поступка.

Дакле, привредно окружење (које подразумева недовољно освешћене и информисане чланове друштва), специфичан домен примене, а тек на крају правила о трошковима поступка представљају разлоге због којих се деривативна тужба не примењује довољно у пракси. Трошкови поступка јесу један од фактора који утичу на доношење одлуке о покретању вероватно сваког парничног поступка, па самим тим и поступка по деривативној тужби. У случају деривативне тужбе, чланови друштва, као потенцијални тужиоци можда и више него што је то уобичајено узимају у обзир потенцијални износ трошкова поступка, јер поступак не воде о личном праву. Међутим, тешко је рећи да су трошкови поступка једини или примарни разлог због којег деривативна тужба није заступљена у пракси. Уколико би компанијско право функционисало на начин да чланови друштва само уносе улоге приликом оснивања друштва, а након тога више немају подстицај да улажу у друштво, онда не би постојали многи други институти компанијског права, који се заснивају управо на додатном улагању чланова у друштво. На тај начин се долази до закључка да потреба за подношењем деривативне тужбе може настати тек у околностима када привредно окружење и објективни домен примене деривативне тужбе буду достигли одређен степен развоја у српском праву.

10. Деривативна тужба је неефикасан (посредан) механизам корпоративног управљања.

Разматрање односа деривативне тужбе и корпоративног управљања део је шире расправе која се односи на питање у којој мери судски поступак који покрећу чланови може допринети решавању сукоба интереса унутар друштва. Када је реч о конкретним агенцијским проблемима, у досадашњој економској и правној теорији уочено је постојање три агенцијска проблема, а то су: сукоб између чланова друштва и управе (први агенцијски проблем), сукоб између већинских и мањинских чланова друштва (други агенцијски проблем) и сукоб интереса између привредног друштва и других конститутивних интереса унутар друштва (трећи агенцијски проблем). Деривативна тужба као механизам корпоративног управљања може функционисати само уз посебне дужности према привредном друштву, које су препознате као непосредан механизам решавања првог и другог агенцијског проблема.

У том погледу, а везано за расправу о деривативној тужби као механизму корпоративног управљања, долази се до прве тачке спорења. Дилема која постоји је следећа: да ли механизам корпоративног управљања представљају посебне дужности према друштву или деривативна тужба као начин принудног санкционисања кршења посебних дужности, односно да ли постојеће сукобе унутар друштва на првом месту треба да решавају/спрече посебне дужности према друштву или судски поступак који се покреће услед кршења тих дужности. Међусобни однос посебних дужности према друштву и деривативне тужбе у контексту корпоративног управљања је веома сложен и тешко може бити до краја разлучен. Механизми корпоративног управљања требало би да допринесу да до конкретног сукоба не дође, а управо томе служе посебне дужности према друштву. Међутим, уколико би лица која имају посебне дужности према друштву унапред знала да не постоји санкција за кршење дужности, онда посебне дужности, као такве не би имале значај у систему корпоративног управљања. На тај начин се долази до закључка да је управо санкција која наступа услед кршења посебних дужности, механизам који решава настали сукоб, а може имати и превентивно дејство на појединца, које наступа као последица примењене санкције. Управо због чињенице да се не може оспорити могућност да поступак по деривативној тужби превентивно делује на понашање лица са посебним дужностима према друштву, у смислу да ће одвратити појединца од недозвољеног понашања, деривативна тужба може представљати механизам корпоративног управљања. Међутим, имајући у виду да се превентивни утицај деривативне тужбе остварује кроз судски поступак, деривативна тужба се углавном оцењује као неефикасан механизам корпоративног управљања. Овај закључак опстаје чак и у околностима када се емпиријски утврди да је у друштвима која су била изложена деривативној тужби дошло до промена у управљачкој структури, јер се сматра да промена вероватно није узрокована само поступком по деривативној тужби.

Друга тачка спорења у расправи о деривативној тужби као механизму корпоративног управљања узрокована је самом дефиницијом агенцијских проблема. За први агенцијски проблем се каже да је у питању сукоб између акционара и управе. Међутим, уколико код првог агенцијског проблема између појма интереса акционара и интереса привредног друштва нема знака једнакости, у том случају деривативна тужба тешко може представљати непосредан механизам корпоративног управљања, јер се деривативна тужба подноси у циљу заштите интереса привредног друштва, а не акционара, те самим тим лични интереси акционара, по правилу, могу само делимично бити заштићени деривативном тужбом. Уколико акционари сматрају да су лично погођени повредом посебних дужности према друштву на располагању им стоји индивидуална тужба, која је директно усмерена искључиво ка заштити личних интереса акционара. Ипак, имајући у виду да заштитом интереса друштва у великом броју случајева акционари посредно штите и лични интерес, деривативна тужба може опстати као механизам решавања првог агенцијског проблема. Када је реч о другом агенцијском проблему, такође је спорно да ли је деривативна тужба механизам решавања овог агенцијског проблема, јер је реч о сукобу између мањинских и већинских акционара друштва, па је сасвим извесно да би било тешко изједначити појмове интереса привредног друштва и интереса једне од две групе акционара у сукобу, иако се најчешће интерес

мањинских акционара поистовећује са интересом привредног друштва. На крају, када је реч о трећем агенцијском проблему, имајући у виду да је реч о сукобу интереса друштва и других конститутивних интереса који постоје унутар друштва, деривативна тужба не може представљати механизам корпоративног управљања, јер посебне дужности чак ни посредно не постоје према појединачним интересима који потичу изван сфере привредног друштва, а које су предуслов да би деривативна тужба могла бити посматрана као инструмент заштите неког од тих интереса, односно механизам корпоративног управљања. На основу свега наведеног проистиче да је деривативна тужба посредан механизам решавања агенцијских проблема, јер се кроз заштиту интереса привредног друштва који се остварује деривативом тужбом, посредно штите интереси чланова друштва (свих или мањинских), који су признати у оквиру првог и другог агенцијског проблема. Деривативна тужба може представљати директан механизам корпоративног управљања уколико се прихвати концепт непосредног сукоба интереса привредног друштва и интереса чланова друштва (*sui generis* агенцијски проблем), али у оквиру формираних агенцијских проблема директан сукоб наведених интереса још увек није признат као засебан проблем. У том погледу постоје основи за формирање новог агенцијског проблема или евентуално подврсте трећег агенцијског проблема, а у којем би се констатовало постојање директног сукоба интереса привредног друштва са једне стране и интереса чланова друштва са друге стране. У овом случају, деривативна тужба, барем када је реч о српском праву, може представљати непосредан механизам решавања сукоба, јер је деривативном тужбом могуће искључити члана друштва са ограниченом одговорношћу који изазива сукоб и онемогућава функционисање друштва.

Имајући у виду све проблеме који постоје при одређењу деривативне тужбе као механизма корпоративног управљања више је него јасно да није у питању инструмент који ефикасно може допринети решавању сукоба унутар друштва, у виду спречавања настанка сукоба, већ да је примарна функција деривативне тужбе отклањање последица када до сукоба дође.

11. Деривативна тужба треба да буде регулисана посебним одредбама Закона о парничном поступку или посебним процесно правним одредбама у оквиру Закона о привредним друштвима.

Поступак по деривативној тужби неспорно има својство посебног парничног поступка, с обзиром на околност да спада у надлежност привредних судова и самим представља привредни спор из главе XXXIV Закона о парничном поступку. По овом питању, једина дилема која може постојати јесте да ли би (додатна) посебна правила поступка по деривативној тужби требало да се нађу међу одредбама Закона о парничном поступку или ЗПД. Имајући у виду да Закон о парничном поступку нема тенденцију да проширује уређење сфере посебних парничних поступка и да не садржи правила веома значајних посебних парничних поступака, као што су породични спорови или спорови поводом заштите права интелектуалне својине, вероватно је да не постоје правно политички разлози да се деривативна тужба посебно уреди у Закону о парничном поступку, иако то решење није страна упоредном праву, првенствено англосаксонском. Међутим, оно што је неспорно јесте да би требало прописати посебна правила парничног поступка који се води по деривативној тужби, јер постојећа регулатива не може да одговори потребама које могу настати у поступку по деривативној тужби. На првом месту, потребно је прописати посебно правило које се односи на забрану двоструке литиспенденције и правило о субјективним границама правоснажности пресуде, као и могућност подношења противтужбе у поступку по деривативној тужби. Затим, потребно је прописати услове за дозвољеност предузимања парничних радњи којима се располаже тужбеним захтевом на основу изричите воље странака. На крају, потребно је прецизирати дејство промене власништва над акцијама или уделима које наступи након покретања поступка по деривативној тужби. Евентуално се могу изменити правила о обавезној садржини деривативне тужбе, на начин да тужба мора да

садржи правни основ, као и правила о фази припремања главне расправе, где би се пре одржавања припремног рочишта увело посебно рочиште на коме би се расправљало о постојању процесних претпоставки за наставак поступка, под условом да постоји потреба за одржавањем ове врсте рочишта. На крају, свакако би требало изменити правила о трошковима поступка. Ово су питања која су веома значајна, не за квалитет уређења, већ само функционисање деривативне тужбе. Поред њих, постоје и друга питања која могу допринети бољем уређењу поступка по деривативној тужби (искључење јавности ради заштите пословних информација друштва, дефинисање изгледа припремног рочишта на начин да прва радња на припремном рочишту буде утврђење процесних претпоставки за вођење поступка, прописивање посебних врста привремене мере које би се одређивале у поступку по деривативној тужби, на пример, увођење принудне управе у друштво, у случају да су тужени чланови управе друштва, процесни однос деривативне и директне тужбе, евентуално индивидуалне).

Многа од тренутно постојећих процесно правних дилема које се могу јавити у поступку по деривативној тужби су последица чињенице да друштво није странка у поступку. У том погледу, уређење посебног парничног поступка по деривативној тужби може бити изведено на два начина. Први је да се у односу на не мали број процесних питања уреди посебна правила. Други је да се друштво укључи у поступак у својству странке или умешача, на који начин би остао мањи број питања за појединачно решавање.

4. Кратак опис садржаја дисертације

У уводном делу дефинисани су предмет и циљеви истраживања. У фокусу истраживања је деривативна тужба, како са аспекта компанијског права, тако и са аспекта грађанско-процесног права. Затим су наведене основне хипотезе на којима се дисертација заснива и истраживачке методе које су коришћене у раду. На крају уводног дела дата су термилошка одређења у контексту дефинисања домаћаја анализе која следи и оквирна дефиниција деривативне тужбе, за потребе излагања у прве две главе, првог дела дисертације.

Први део дисертације (компанијско-правна анализа) се састоји од 15 глава.

Прво поглавље носи назив *Деривативна тужба – један пример из праксе*. У оквиру овог поглавља анализиран је један пример парничног поступка који је покренут по деривативној тужби пред Привредним судом у Београду. Имајући у виду да је овај случај био предмет разматрања и од стране Врховног касационог суда (по изјављеној ревизији), на почетку дисертације представљен је начин на који наши судови разумеју деривативну тужбу и која спорна питања (материјално-правна и процесно-правна питања) се могу јавити у поступку по деривативној тужби.

Друго поглавље носи назив – *Теоријска анализа деривативне тужбе*. У оквиру овог поглавља најпре је дата анализа деривативне тужбе са аспекта општих учења о правним трансплантима, с обзиром на околност да деривативна тужба представља појединачни правни трансплант у Закону о предузећима. Дата је оцена да деривативна тужба и данас, више од две деценије по увођењу у српско право, представља правни трансплант који чека да буде инкорпориран у српско право, због чега се може рећи да деривативна тужба за сада представља пример неуспешног правног транспланта. У наставку другог поглавља дато је могуће објашњење теоријског основа постојања деривативне тужбе у српском праву. Сматра се да постоје два могућа теоријска оправдања постојања деривативне тужбе, а то су специфичност правног субјективитета привредног друштва (применљиво и на друга права) и вршење дужникових правних радњи (применљиво у српском праву). У најкраћем, специфичност правног субјективитета привредног друштва се изражава на начин да привредно друштво своју вољу може изразити само кроз физичка лица у саставу органа

привредног друштва, која имају и сопствену вољу, што неминовно води и постојању више различитих интереса унутар друштва, који могу доћи у сукоб. Отуда се поставља питање шта радити у ситуацији када физичко лице у саставу органа привредног друштва, проузрокује штету друштву, а управо орган у чијем се саставу налази ово физичко лице (или други орган друштва са којим је физичко лице интересно повезано) има надлежност да одлучује о покретању судског поступка у име друштва. Логичан закључак јесте да поступак код оваквог стања ствари вероватно неће бити покренут, те се поставља питање како решити настали проблем, а деривативна тужба се намеће као једино решење. Када је реч о концепту права повериоца да врши дужникове правне радње, на самом почетку излагања наведено је да је реч о спорном теоријском концепту. У овом случају теоријски основ постојања деривативне тужбе се заснива на премиси да су чланови резидуални повериоци друштва, јер су они у српском праву једини овлашћени да добију резидуалну вредност која је створена унутар друштва, а која је преостала након измирења свих обавеза друштва. У том погледу, деривативна тужба представља начин да чланови друштва заштите свој „поверилачки статус“, који није могуће заштити на непосредан начин, као када је реч о стварним повериоцима. Имајући у виду све наведено, на крају је дат закључак о теоријском оправдању деривативне тужбе у српском праву, те је став кандидата да је реч о основима који посматрано заједно дају најпотпуније објашњење постојања деривативне тужбе, а који закључак ће у наставку излагања бити употребљен као аргумент приликом давања одговора на одређена питања о домену примене деривативне тужбе. Затим, у оквиру овог поглавља дата је анализа односа материјалног и процесног права на примеру деривативне тужбе, те је дат закључак да одредбе ЗПД којима се уређује деривативна тужба имају дуалистичку правну природу. На крају другог поглавља било је речи о месту деривативне тужбе у оквиру расправе о сврси постојања привредног друштва. Расправа о сврси постојања привредног друштва је заправо апстрактнији вид расправе о конститутивним интересима који постоје унутар привредног друштва (чланови, повериоци, запослени, друштво као целина, управа) и који од тих интереса има приоритет. Одговор на последње питање такође директно утиче на домен примене деривативне тужбе у једном праву и на које свако право даје сопствени одговор.

Треће поглавље носи назив – *Историјски развој деривативне тужбе*. У оквиру овог поглавља дат је приказ развојног пута деривативне тужбе. С обзиром на околност да је деривативна тужба настала у англосаксонском праву најпре је дата анализа развојног пута деривативне тужбе у Великој Британији (са посебним акцентом на чувено правило *Foss v. Harbottle* и Компанијски закон из 2006. године) и Сједињеним Америчким Државама, а затим краћа анализа развојног пута деривативне тужбе у европским државама (Француска, Немачка, Аустрија и остала европска права). Историјско правна анализа деривативне тужбе је показала да је настанку деривативне тужбе у великој мери допринело процесно право, а посебно концепт представничке парнице англосаксонског права. На крају поглавља дат је приказ о историјском развоју деривативне тужбе у српском праву, почев од Закона о предузећима из 1996. године, до важећег ЗПД.

Четврто поглавље носи назив – *Законодавни оквир деривативне тужбе (правно уређење)*. У овом поглављу дат је преглед позитивно-правног уређења деривативне тужбе у енглеском, америчком, немачком, француском, аустријском, италијанском и српском праву.

Пето поглавље носи назив – *Појам и основне карактеристике деривативне тужбе*. У оквиру овог поглавља дата је коначна дефиниција деривативне тужбе у српском праву (на основу садржине позитивно-правног уређења) и одређење правне природе деривативне тужбе. По питању правне природе дат је закључак да деривативна тужба има мешовиту правну природу, јер у фази пре подношења тужбе суду садржи елементе правног стања, односно правне позиције члана друштва, док од тренутка подношења тужбе представља парничну радњу. Поред наведеног, дат је приказ основних обележја деривативне тужбе, која постоје у српском, али и упоредном праву, као и објашњење начела супсидијарности

деривативне тужбе сходно којем деривативна тужба није примарно средство за заштиту интереса компаније, а које је прихваћено од стране свих права која прописују деривативну тужбу, јер у свим правима постоје одређени услови за дозвољеност деривативне тужбе.

Шесто поглавље у оквиру првог дела носи назив – *Схватања о деривативној тужби*. У оквиру овог поглавља став кандидата је да постоје два схватања деривативне тужбе, а то су традиционално и модерно схватање. Идеја о схватањима деривативне тужбе заснива се на резултатима претходне анализе историјског развоја деривативне тужбе. Сходно традиционалном схватању (које је било заступљено од самог настанка тужбе, до средине 20. века), деривативна тужба је схватана као инструмент санкционисања недозвољеног понашања управе друштва, а које се на други начин не би могло санкционисати. У том погледу, деривативна тужба је настала као потреба да се превазиђу проблеми у изражавању правно-релевантне воље друштва. Почев од средине 20. века деривативна тужба се не схвата само као средство које има *ex post* улогу (уклањање насталих последица), већ и као инструмент корпоративног управљања који би требало превентивно да делује и што је најважније, као инструмент заштите интереса друштва, што подразумева да тужбу некада не би требало дозволити, чак и уколико се може очекивати успех у спору. У зависности од приступа конкретном праву, данас су присутна оба схватања деривативне тужбе.

Седмо поглавље носи назив – *Сврха деривативне тужбе*. Излагање у овом поглављу се наставља на излагање из претходног поглавља. Наиме, у литератури је заузет став да деривативна тужба може имати две сврхе, накнаду штете (што би одговарало традиционалном схватању деривативне тужбе) или превентивну функцију, односно утицај на понашање (што би одговарало модерном схватању деривативне тужбе). Након анализе обе сврхе деривативне тужбе дат је закључак да је репресивна функција примарна, док је превентивна функција само додатна, односно помоћна.

Осмо поглавље носи назив – *Деривативна тужба као изузетак од општих правила компанијског и грађанског права*. У оквиру овог поглавља анализиран је однос деривативне тужбе и општих правила компанијског и грађанског права. Деривативна тужба представља изузетак од општих правила компанијског и грађанско-процесног права. Када је реч о компанијском праву, деривативна тужба је изузетак од општег правила о расподели компанијске моћи и принципа већинског одлучивања, сходно којима одлуке у име друштва доноси управа друштва или скупштина друштва прописаном већином гласова. Међутим, код деривативне тужбе то није случај, јер одлуку о покретању поступка доносе појединачни чланови друштва (углавном мањински), а разлози за такво решење су дати у оквиру анализе теоријског основа деривативне тужбе. Када је реч о грађанском праву, деривативна тужба представља условни изузетак од начела диспозиције, а сходно ком начелу само титулар повређеног права може донети одлуку да своје право заштити судским путем. У случају деривативне тужбе, чланови друштва, који су одвојени субјекти права у односу на друштво, доносе одлуку о покретању судског поступка ради заштите повређеног права друштва. Када је реч о грађанско-процесном праву деривативна тужба представља један од ретких примера у нашем праву када на тужилачкој страни долази до раздвајања стварне и процесне легитимације.

Девето поглавље носи назив – *Место деривативне тужбе у компанијском праву*. Излагања у овом поглављу почињу са констатацијом да постоје различите перцепције деривативне тужбе у систему компанијског права. Када је реч о српском праву, може се рећи да деривативна тужба представља општи институт друштава капитала. Затим је дата допуна теоријске анализе деривативне тужбе на начин да се појам права мањинског члана друштва анализира са становишта општих учења о субјективним правима, која је показала да термин „право“ није у потпуности адекватан, те је указано на посебно место деривативне тужбе у оквиру ове расправе. Централни део излагања у овој глави је анализа места и улоге деривативне тужбе у систему корпоративног управљања. У том погледу, најпре је дата анализа односа деривативне тужбе и постојећих агенцијских проблема, затим анализа односа

деривативне тужбе и других механизма корпоративног управљања и на крају је дата оцена ефикасности деривативне тужбе као механизма корпоративног управљања. Поред наведеног, било је речи о могућности формирања *sui generis* агенцијског проблема, који би се односио на сукоб интереса између чланова и самог друштва (карактеристичан за друштва затвореног типа). Након детаљне анализе деривативне тужбе и учења о корпоративном управљању дат је закључак да деривативна тужба представља неефикасан и посредан механизам корпоративног управљања, јер по правилу представља допуну других механизма. Деривативна тужба би могла представљати непосредан механизам корпоративног управљања само уколико би се прихватио концепт *sui generis* агенцијског проблема, а што се потврђује тиме да је недавно у српско право уведена деривативна ради искључења члана друштва са ограниченом одговорношћу. На крају излагања у оквиру поглавља деривативна тужба је анализирана као могући узрок настанка агенцијског проблема, који је могуће отклонити једино адекватним дефинисањем услова за подношење тужбе.

Десето поглавље носи назив – *Домен примене деривативне тужбе*. На самом почетку излагања констатовано је да деривативна тужба није општа тужба компанијског права, већ је ограничена како по персоналном, тако и по материјалном домену примене. Изнето је схватање да се, по правилу, персонални домен примене (који је значајнији) увек изводи из материјалног домена, јер се најпре идентификују области компанијског права којима је потребна деривативна тужба, а након тога се дефинише круг тужилаца и тужених. У том погледу најпре је дата анализа материјалног домена примене деривативне тужбе у српском праву (посебне дужности према друштву, ограничења плаћања код акционарских друштава и искључење члана друштва са ограниченом одговорношћу), а затим и анализа персоналног домена примене деривативне тужбе (тужилац и тужени код деривативне тужбе). Код персоналног домена примене критичка и функционална анализа је дата само у односу на тужилачку страну, док је у односу на тужене дата само позитивно-правна анализа. У оквиру анализе персоналног домена примене деривативне тужбе посебна пажња је посвећена повериоцима друштва, као могућим тужиоцима код деривативне тужбе. Додатно, када је реч о субјективном домену примене деривативне тужбе, у оквиру засебних целина, анализирана је примена деривативне тужбе код друштава лица и код повезаних друштава.

Једанаесто поглавље носи назив – *Услови за подношење тужбе*. У овом поглављу дата је анализа услова за подношење деривативне тужбе у српском праву, а то су капитал цензус и подношење претходног захтева друштву. Имајући у виду да је претходни захтев детаљно анализиран у оквиру другог дела дисертације, у овом поглављу дато је само основно одређење претходног захтева, те је акценат стављен на капитал цензус. Поред наведеног, у оквиру овог поглавља детаљно је анализиран и рок за подношење деривативне тужбе, који такође представља услов за дозвољеност тужбе.

Дванаесто поглавље носи назив – *Улога суда у поступку по деривативној тужби*. У оквиру овог поглавља стављен је акценат на једно важно обележје деривативне тужбе, које постоји у упоредном праву (не и српском праву), а то је наглашена улога суда у поступку. Наиме, у англосаксонском праву (првенствено енглеском), суд поред одлуке о основаности тужбе, такође одлучује и о целисходности тужбе, у смислу да је тужбу могуће спречити уколико суд оцени да није у интересу друштва, или да није дозвољено предузети поједину парничну радњу. У том погледу дат је приказ ове додатне надлежности суда, разлога за и против и могућности увођења у српско право.

Тринаесто поглавље носи назив – *Оправданост права чланова друштва на подношење деривативне тужбе*. У оквиру овог поглавља дата је анализа појма члана друштва, као подносиоца деривативне тужбе, а са циљем потврђивања хипотезе да би право на подношење тужбе требало дати само појединачним члановима друштва. Са истим циљем било је речи о одређеним проблемима који могу настати уколико се право на подношење деривативне тужбе да члановима друштва (постојање различитих интереса између друштва и његових чланова, недовољна информисаност чланова друштва и трошкови поступка,

евентуално други фактори). Потом је дат приказ потенцијалних механизма преиспитивања одлуке чланова друштва о подношењу деривативне тужбе. Излагања у овом поглављу су потврдила, да упркос свим потешкоћама, појединачни чланови друштва представљају најподобнија лица којима би требало дати право на подношење деривативне тужбе.

Четрнаесто поглавље носи назив – *Однос деривативне тужбе са сличним институтима*. У оквиру овог поглавља дата је анализа односа деривативне тужбе и других тужби које се могу поднети по истом или сличном основу. У том погледу прво су анализирана општа питања о акционарским тужбама и оправданост акционарских тужби (аргументи за и против). Посебна пажња је посвећена односу деривативне и индивидуалне тужбе, јер у српском праву обе тужбе имају идентичан материјални домен примене, те је од великог практичног значаја њихово међусобно разликовање. Однос колективне и деривативне тужбе је анализиран искључиво са аспекта америчког права, с обзиром на околност да српско право не познаје колективну тужбу, али постоје тежње да се ова тужба уведе. Поред наведеног, дата је и анализа односа деривативне тужбе и посебног института енглеског права – *unfair prejudice*, који у одређеном облику познаје и ЗПД (тужба за престанак друштва по одлуци суда из чл. 469).

Петнаесто поглавље носи назив – *Деривативна тужба и посебне околности*. У оквиру овог поглавља дата је анализа деривативне тужбе и посебних околности које могу настати током постојања привредног друштва, а то су промена правне форме, статусна промена и покретање поступка ликвидације. У фокусу анализе је утицај наведених околности на започете поступке по деривативној тужби и само право на подношење деривативне тужбе.

Други део дисертације (анализа поступка по деривативној тужби) се састоји од 5 глава.

Прво поглавље носи назив – *Поступак унутар друштва*. У оквиру овог поглавља дата је детаљна анализа претходног захтева као услова за подношење деривативне тужбе. Став кандидата јесте да је претходни захтев у српском праву сведен на формалност, што је потпуно супротно концепту претходног захтева у америчком праву, у коме је настао. У том погледу, дата је анализа неколико важних питања која се односе на претходни захтев, а то су орган друштва којем се захтев подноси, форма и садржина захтева, обавезност подношења претходног захтева, механизми и критеријуми за преиспитивање основаности претходног захтева (комисије за спорове, правило пословне процене, поједине одредбе ЗПД), врсте и правно дејство одлуке друштва о поднетом захтеву, судска ревизија тока и исхода поступка доношења одлуке о претходном захтеву, субјективни и објективни идентитет претходног захтева и деривативне тужбе и постојање обавезе члана да обавести друштво о поднетој тужби. Већина наведених питања је анализирана најпре са аспекта америчког, а потом и српског права, како би се створила основа за каснију оцену постојећег уређења претходног захтева у српском праву.

Друго поглавље носи назив – *Поступак пред парничним судом*. У оквиру овог поглавља дата је анализа деривативне тужбе кроз призму правила парничног поступка прописаних Законом о парничном поступку. Имајући у виду да деривативна тужба до сада није била предмет процесно-правне анализе, у оквиру овог поглавља било је речи о свим процесно-правним питањима код којих специфичности деривативне тужбе захтевају прописивање нових правила или посебно тумачење постојећих правила (које је било могуће предвидети на теоријском нивоу), а то су: надлежност суда, парничне странке (процесни положај члана друштва и самог друштва), стварна и процесна легитимација (страначка сукцесија и утицај сингуларне сукцесије која наступи током поступка на право на подношење тужбе), заступање странака, тужба (врсте тужби које се могу истаћи у форми деривативне тужбе, правни интерес за подношење деривативне тужбе, садржина деривативне тужбе и тужбеног захтева, ограниченост предмета спора по деривативној тужби, преиначење

деривативне тужбе), *pactum de non pretendo* и деривативна тужба, поступање суда по деривативној тужби (претходно испитивање деривативне тужбе), достављање тужбе на одговор и држање туженог у парници (литиспенденција у поступку по деривативној тужби, могућност истицања противтужбе и компензационог приговора у поступку по деривативној тужби), припремно рочиште, односно прво рочиште за главну расправу, ток главне расправе (јавност поступка, доказивање и доказни поступак код деривативне тужбе, прикупљање доказа - посебно ограничење деривативне тужбе, терет доказивања, спајање и раздвајање поступака), прекид поступка, претходно питање, трошкови поступка, супарничарство и деривативна тужба, учешће трећих лица у поступку по деривативној тужби, окончање поступка по деривативној тужби (дејство пресуде и границе правоснажности пресуде донете у поступку по деривативној тужби, парничне радње располагања којима се окончава поступак по деривативној тужби). Након свеобухватне анализе примене правила парничног поступка у поступку по деривативној тужби дата је оцена да би одређена питања поступка по деривативној тужби морала бити регулисана посебним одредбама закона, барем у оквиру ЗПД.

Треће поглавље носи назив – *Деривативна тужба и извршни поступак*. Централно питање које разматра у овом поглављу јесте који субјект има право на покретање извршног поступка на основу пресуде донете у поступку по деривативној тужби, те је у том погледу понуђено неколико могућих тумачења. Основни проблем који се овде препознаје јесте да наше извршно право не познаје концепт раздвајања стварне и процесне легитимације. Поред наведеног, у овом поглављу се разматра могућност увођења посебних врста привремених мера, које би имале примену само у поступку по деривативној тужби, као што је на пример посебна привремена мера код тужбе ради искључења члана друштва са ограниченом одговорношћу.

Четврто поглавље носи назив – *Деривативна тужба и стечајни поступак*. У оквиру овог поглавља дата је анализа правног дејства отварања стечајног поступка над друштвом на деривативну тужбу у српском праву. Посебно су анализирана питања на који начин отварање стечајног поступка утиче на постојеће поступке, а затим и право чланова на покретање поступка, уколико поступак није покренут до дана отварања стечајног поступка. Поред наведеног, посебно је разматрано да ли је деривативну тужбу могуће поднети против стечајног управника.

Пето поглавље носи назив – *Деривативна тужба и арбитража*. Централно питање које се анализа у овом поглављу јесте да ли је спор по деривативној тужби арбитрабилан. У том погледу, најпре је дато одређење појма арбитрабилности уопште, а затим и у компанијском праву. Након тога указано је да је арбитрабилност деривативне тужбе спорна чак и у америчком праву. На крају је дата анализа арбитрабилности деривативне тужбе у српском праву, као и у ком правцу би по овом питању требало да се крећу тенденције законодавца и праксе у скоријој будућности.

У *Закључним разматрањима* кандидаткиња је сумирала резултате свог истраживања, који су у оквиру наслова *Оцена постојеће регулативе и предлози de lege ferenda* добили форму конкретних предлога за измену позитивног законодавства, с обзиром на то да је постојеће стање оцењено као неодговарајуће, посебно када је реч о изгледу и току поступка по деривативној тужби.

5. Остварени резултати и научни допринос дисертације

Резултати који се очекују израдом докторске дисертације су доказивање да деривативна тужба, упркос свим ограничењима, представља неопходан институт компанијског права, који уколико се адекватно регулише, може допринети бољем функционисању привредног окружења, а кроз успостављање стандарда о корпоративној

одговорности.

Имајући у виду да у нашој правној теорији недостају радови који се системски баве деривативом тужбом (тачније од 2004. године није написан ниједан рад који се бави детаљнијом анализом деривативне тужбе), свеобухватна теоријска анализа деривативне тужбе је имала за циљ да допринесе бољем разумевању овог правног института. Дисертација је остварила овај циљ, јер садржи анализу свих теоријских и практичних питања која се везују за деривативну тужбу. Резултати докторске дисертације се нарочито огледају у томе да одређене теме из области деривативне тужбе нису уопште биле предмет интересовања наше правне теорије и о којима је по први пут било речи тек у дисертацији.

Отуда, као општи закључак о научном доприносу и оствареним резултатима може се рећи да докторска дисертација представља прво дело у српској правној теорији које садржи свеобухватну анализу деривативне тужбе, како са аспекта компанијског права, тако и са аспекта грађанско-процесног права.

Посебно када је реч о анализи деривативне тужбе са аспекта грађанско-процесног права, предложена дисертација је прво дело које се уопште бави овом врстом анализе деривативне тужбе. Дисертацијом су формиране основе процесно-правне анализе деривативне тужбе у српском праву, а које ће се у будућности вероватно развијати и од стране других аутора. На овај начин, дисертација је надоместила празнину која је постојала домаћој научној литератури још од самог увођења деривативне тужбе у српско право. У овом делу резултати истраживања показују да, у случају да пословна пракса покаже интересовање за примену деривативне тужбе, њено функционисање би у значајној мери било ограничено због недостатка адекватног процесно-правног уређења.

Када је реч о компанијско-правној анализи, у дисертацији је по први пут у домаћој правној теорији било речи о месту и улози деривативне тужбе у систему корпоративног управљања, односно разматрано је да ли деривативна тужба представља механизам корпоративног управљања и да ли може допринети решавању сукоба интереса унутар друштва. Ова тема је већ извесно време, а сигурно последњу деценије или две, предмет интересовања иностраних аутора, те се на тај начин српска теорија компанијског права прикључила модерним тенденцијама. Поред наведеног, у дисертацији се први пут објашњава теоријски основ постојања деривативне тужбе, што је тема која до сада није била анализирана ни у упоредном праву. Такође, формирана су и учења о схватању деривативне тужбе (традиционално и модерно), те је на теоријском нивоу препозната посебна улога суда у поступку по деривативној тужби, а која постоји у упоредном праву. У контексту услова за подношење деривативне тужбе, који представљају централни сегмент уређења тужбе, резултати дисертације показују да је регулисање претходног захтева у српском праву потпуно омашило суштину, јер је подношење претходног захтева друштву сведено на пуку формалност. Оно не служи основној сврси, а то је испитивање да ли је тужба у интересу друштва. У крајњем исходу, компанијско-правна анализа деривативне тужбе је показала да српско право не прописује ниједан механизам који би омогућио да деривативна тужба увек служи првенствено интересима друштва, а што је данас централна тачка уређења деривативне тужбе у свим развијеним правима.

На тај начин се закључује да осим научног доприноса, дисертација би требало да допринесе и квалитетнијем законодавном уређењу деривативне тужбе, с обзиром на околност да су дате препоруке за будуће измене закона, које би требало да омогуће већи степен примене деривативне тужбе. Ово пре свега из разлога, јер је деривативна тужба анализирана првенствено из угла позитивног права, те су у дисертацији разматрани конкретни проблеми који могу настати у примени деривативне тужбе, те су по угледу на упоредна права, понуђена решења за већину спорних питања.

Дакле, докторском дисертацијом је остварен крајњи циљ, а то је да се након свеобухватног научног истраживања дају смернице за боље разумевање деривативне тужбе и

улоге коју може имати у компанијском праву и оно најважније да се формулишу предлози *de lege ferenda*. Све наведено би требало да допринесе томе да пословна пракса препозна потребу чешће примене овог института, која је до сада изостала, током периода од нешто више од двадесет година колико деривативна тужба постоји у српском праву.

Колегиница Јована Величковић се посветила научном истраживању једне комплексне области права, која обухвата домен теоријске и практичне примене компанијског и грађанско-процесног права, при чему ова тематика до сада није била подробније обрађена у теорији, док у судској пракси постоји свега неколико примера деривативне тужбе. Крајњи резултат истраживања аутора је оригинална докторска дисертација која значајно продубљује постојећа знања у овој области.

6. Закључак

На основу свега наведеног, Комисија је утврдила да је дисертација кандидата **Јоване Т. Величковић**, под насловом „**Деривативна тужба: компанијско-правна и процесно-правна анализа**“ урађена према одобреној пријави (уз минимална одступања у структури садржаја, која су делом последица и околности да је у периоду након одобрења пријаве дошло до измене позитивног законодавства) и досеже високе универзитетске, нарочито теоријске јуристичке стандарде. Конкретно, предметни докторат представља самостални и оригиналан научни рад из уже научне области компанијског права. Стога, са великим задовољством, констатујемо да су се стекли сви академски услови за њену јавну одбрану, те у том смислу и чинимо предлог Наставно-научном већу Правног факултета Универзитета у Београду да је одобри.

У Београду, 4. фебруара 2019. године

ЧЛАНОВИ КОМИСИЈЕ

др Мирко Васиљевић, редовни професор
Правног факултета Универзитета у Београду

др Вук Радовић, редовни професор
Правног факултета Универзитета у Београду

др Никола Бодирога, ванредни професор
Правног факултета Универзитета у Београду

др Владимир Савковић, ванредни професор
Правног факултета Универзитета Црне Горе