

UTICAJ ANGLOSAKSONSKOG PRAVA NA SRPSKO KOMPANIJSKO PRAVO

Sažetak

U ovom radu autor analizira anglosaksonske pravne institute koji su kao pravni transplantati postali deo srpskog kompanijskog prava. Od brojnih anglosaksonskih rešenja, kao ilustrativni primeri pravne transplantacije su izabrani sledeći: a) dužnosti direktora, b) derivativna tužba, c) jednodomno upravljanje i d) probijanje pravne ličnosti. Iako je svaki od izloženih pravnih instituta danas opšteprihvaćen deo globalnog kompanijskog prava, ipak u srpskom pravu postoje teškoće sa njihovom adaptacijom i efikasnom primenom u postojećem regulatornom i privrednom okruženju. Iz tog razloga se anglosaksonski instituti u srpskom pravu ili nedovoljno ili nepravilno primenjuju. S obzirom na to da je uticaj anglosaksonskog prava u oblasti kompanijskog prava nesporno poželjan i koristan, autor zaključuje da je za potpuni uspeh i pravilno prihvatanje preuzetih rešenja pre svega neophodan dalji razvoj sprske pravne misli kroz uporednopravne analize koje će približiti našu pravnu teoriju i praksu vodećim pravnim sistemima.

Ključne reči: *anglosaksonsko pravo, dužnosti direktora, derivativna tužba, jednodomno upravljanje, probijanje pravne ličnosti.*

1. Uvod

Imajući u vidu tradiciju, osnovne uzore, pravne institute i koncepte, srpsko pravo nesporno pripada porodici evropsko-kontinentalnih pravnih sistema. Još od usvajanja prvih zakonika u XIX veku,¹ srpski zakonodavac se tradicionalno ugledao na zemlje kontinentalno-pravnih sistema poput Austrije, Nemačke, Francuske, Švajcarske, ali ne i na Englesku, Sjedinjene Američke Države (SAD) i druge anglosaksonske zemlje. Suprotno tome, danas je upravo u oblasti kompanijskog prava veliki uticaj anglosaksonskog prava na srpska zakonska rešenja. Štaviše, može se s pravom reći da je uticaj anglosaksonskog prava na srpsko kompanijsko pravo veći i značajniji nego u bilo kojoj drugoj oblasti građanskog, odnosno trgovinskog prava.

* Doktor pravnih nauka, vanredni profesor na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu
e-mail: mirjanam@ius.bg.ac.rs

¹ Vid.: Srpski Građanski zakonik iz 1844. godine, koji je predstavljao skraćeni prevod austrijskog Opšteg građanskog zakonika iz 1811. godine (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*, ABGB), kao i srpski Trgovački zakonik iz 1860. godine, koji je predstavljao skraćeni prevod francuskog Trgovinskog zakonika iz 1807. godine (*Code de Commerce*).

Razlog zbog koga je baš u oblasti kompanijskog prava došlo do najvećeg prodora anglosaksonskih pravnih instituta ogleda se u činjenici da je ova grana prava naročito pogodna za pravne transplantate iz drugih pravnih sistema (Fleischer, 2005, p. 386). Naime, u kompanijskom pravu ekonomski interesi imaju daleko važniju ulogu nego nacionalni običaji, tradicija, osećanja. Otuda su pravni transplantati ovde mnogo češći i jednostavniji, čak i iz pravnih sistema koji se od srpskog bitno razlikuju. Osim toga, sve razvijenija globalizacija u poslovanju i ekonomiji je uticala na to da je u današnje vreme tzv. „anatomija kompanijskog prava“ veoma slična širom sveta (Fleischer, 2005, p. 386). Zbog opisane uporednopravne ujednačenosti osnovnih koncepata kompanijskog prava, transplantni šokovi u okvirima ove grane prava su ređi,² što povećava atraktivnost korišćenja pravnih transplanata.

2. Osnovni putevi prodiranja anglosaksonskih instituta u srpsko kompanijsko pravo

Načelno posmatrano, nacionalni zakonodavci su samo povremeno vodeća sila transfera pravnih transplanata. Nasuprot tome, mnogo je češće da se pravni transplantati pokreću spontano usled globalizacije (Fleischer, 2005, p. 388). Ipak, u srpskom kompanijskom pravu je situacija bila sasvim suprotna opisanom redovnom toku. Ovde, uticaj anglosaksonskog prava nije bio spontan, odnosno nije potekao iz prakse, već je, naprotiv, nametnut odozgo – od samog zakonodavca. S obzirom na to da srpski zakonodavac uglavnom nema sredstava niti vremena da osmišljava nova pravila koja bi bila adekvatna za rešavanje specifičnih praktičnih problema u srpskom privrednom životu, on često poseže za pravnim transplantima kao jeftinom, brzom i korisnom izvoru novog prava (Kanda & Milhaupt, 2003, p. 889).³ Zahvaljujući tome, srpsko kompanijsko pravo karakteriše opisana aktivno inicirana pravna transplantacija.

Uticaj anglosaksonskog prava na srpsko kompanijsko pravo je do danas vršen putem dva paralelna koloseka. S jedne strane, uticaj je ostvarivan direktno, preuzimanjem pre svega američkih rešenja, a, s druge strane, indirektno, prihvatanjem pravnih instituta iz Evropske unije i drugih zemalja na koje se Srbija tradicionalno ugleda, a koji su anglosaksonskog porekla. Imajući u vidu da je američko pravo danas nesporno lider u oblasti kompanijskog prava, na njega se ugledaju čak i razvijene zemlje poput Nemačke, pa i organizacije poput EU. Na taj način, američka rešenja i posredno pronalaze svoj put do savremenog srpskog prava.

Prvi pokušaji da se u srpsko kompanijsko pravo uvedu određeni anglosaksonski instituti su vršeni još krajem XX veka, ali bez većeg uspeha. Reč je o Zakonu o preduzećima iz 1988. godine i Zakonu o preduzećima iz 1996. godine, koji su u srpsko pravo vratili opšte

² Pod „transplantnim šokom“ se podrazumeva situacija u kojoj pravno pravilo koje dobro funkcioniše u jednom pravnom sistemu nema isti efekat ili čak biva odbačeno u drugom pravnom sistemu koji ima drugačije istorijsko, političko ili kulturno okruženje. Vid.: Gelter & Helleringer, 2018, p. 110.

³ Neretko se putem pravnih transplanata šalje poruka investitorima iz određenih zemalja da nacionalno pravo poznaje njihove pravne standarde. Vid.: Berkowitz, Pistor & Richard, 2003, p.164.

uporednopravno prihvaćene oblike privrednih društava (ortačko društvo, komanditno društvo, društvo sa ograničenom odgovornošću i akcionarsko društvo). Pored toga, ovi zakoni su prvi put u srpsko pravo uveli američke institute, poput probijanja pravne ličnosti ili derivativne tužbe. Međutim, najveći direktan uticaj anglosaksonskih rešenja na srpsko kompanijsko pravo je ostvaren 2004. godine, kada je usvojen prvi srpski Zakon o privrednim društvima. S obzirom na to da je u radnoj grupi za pisanje ovog zakona učestvovao jedan američki advokat, on je uspeo da „nametne“ brojne institute i koncepte iz kompanijskog prava SAD, od kojih su se mnogi zadržali u srpskom pravu do danas.

3. Primeri pravnih transplanata iz anglosaksonskog kompanijskog prava

Imajući u vidu da je uticaj anglosaksonskog prava na srpsko kompanijsko pravo raznovrstan, tako da obuhvata različite kompanijskopravne institute, u ovom radu će biti izdvojeni samo pojedini instituti u vezi sa društvima kapitala koji su direktno ili indirektno preuzeti iz američkog prava. Za društva kapitala je specifično to da osnivači, odnosno članovi ulažu kapital u društvo i stoga snose rizik njegovog poslovanja, ali u svakodnevnom poslovanju prepuštaju upravljanje društvom profesionalnom menadžmentu (upravi). Doduše, fundamentalne odluke u društvima kapitala i dalje donose članovi, ali se to čini po principu većine, tako da je moguće da konkretan član bude protiv odluke koja bitno menja sudbinu njegove investicije, iako mora da prihvati njena dejstva.

Važeći srpski Zakon o privrednim društvima iz 2011. godine poznaje nekoliko pravnih instituta karakterističnih za društva kapitala koja su poreklom iz anglosaksonskog prava. Kao ilustrativni primeri pravne transplantacije, pre svega američkih rešenja u Srbiji, biće predstavljeni sledeći instituti: a) dužnosti direktora, b) derivativna tužba, c) jednodomno upravljanje i d) probijanje pravne ličnosti. Pored pomenutih, naše pravo poznaje i druge kompanijskopravne institute anglosaksonskog porekla poput prava nesaglasnih akcionara, kumulativnog glasanja, sticanja imovine velike vrednosti i dr. Međutim, zbog veće složenosti njihovog uređenja i nedostatka prostora za detaljniju obradu, oni će biti izostavljeni iz dalje analize. Cilj redova koji slede je da se pokaže u kojoj meri srpska transplantacija američkih rešenja odstupa od svog uzora i na koji način osobeno funkcioniše u drugačijem regulatornom i privrednom okruženju.

3.1. Dužnosti direktora

Savremeni institut dužnosti direktora (engl. *director's duties*) predstavlja deo šireg anglosaksonskog koncepta fiducijarnih dužnosti (engl. *fiduciary duties*) (Gelter & Helleringer, 2018, p. 94). Englesko kompanijsko pravo je bilo pionir u oblasti fiducijarnih dužnosti (Fleischer, 2005, p. 380). Tamo se razvilo shvatanje direktora kao poverenika (engl. *trustees*) i nalogoprimaca (engl. *agents*) (Cox, Hazen & O'Neal, 1997, p. 205). Shodno tome, direktori imaju dvostruku ulogu u odnosu na kompaniju. S jedne strane, oni su poverenici u odnosu na novac i drugu imovinu kompanije (Fleischer, 2005, pp. 380,

381) a, s druge, nalogoprincipi u pogledu poslova koje zaključuju za račun kompanije (upor. Gelter & Helleringe, 2018, p. 94). Upravo iz tog razloga direktore terete tzv. fiducijarne dužnosti (Cox, Hazen & O'Neal, 1997, p. 179) koje su inače karakteristične za lica kojima je povereno da se staraju o novcu i ostaloj imovini u najboljem interesu drugog lica (principala). U tom smislu, osnovne fiducijarne dužnosti jesu: dužnost lojalnosti i dužnost pažnje (Cox, Hazen & O'Neal, 1997, pp. 179, 180; Hamilton, 2000, p. 444).

Pod uticajem engleskog shvatanja fiducijarnih dužnosti, a potom i njegove američke primene na polju kompanijskog prava, danas je opšteprihvaćeno i nesporno da direktori imaju stroge fiducijarne dužnosti prema kompaniji (društvu kapitala). Otuda su oni dužni da vode poslove društva savesno, u najboljem interesu kompanije, izbegavajući sukobe svojih ličnih interesa sa interesima kompanije. U slučaju da se ipak dogodi sukob interesa, glavna fiducijarna obaveza direktora je da podvrgne svoj individualni i privatni interes interesu kompanije (Fleischer, 2005, p. 382).

Iako izvorno anglosaksonski koncept, fiducijarne dužnosti direktora su izvršile značajan uticaj na kontinentalne pravne sisteme (Fleischer, 2005, p. 382 i dalje). Zahvaljujući tome, danas većina evropsko-kontinentalnih sistema poznaje i izričito uređuje dužnost lojalnosti i dužnost pažnje direktora. Navedeni anglosaksonski instituti su prihvaćeni i u pravu Srbije, gde važeći Zakon o privrednim društvima (dalje u tekstu: ZPD) propisuje da su direktori dužni: 1) da izvršavaju svoje poslove savesno, sa pažnjom dobrog privrednika, i u razumnom uverenju da deluju u najboljem interesu društva (čl. 63, st. 1 u vezi sa čl. 61, st. 1, tač. 4 ZPD); 2) da obaveste društvo o postojanju ličnog interesa (ili interesa povezanog lica) u pravnom poslu koji društvo zaključuje, odnosno pravnoj radnji koju društvo preduzima, kako bi dobili odgovarajuće odobrenje (ZPD, čl. 65 i 66); 3) da izbegavaju sukobe interesa sa društvom (ZPD, čl. 69); 4) da poštuju zabranu konkurencije društvu (ZPD, čl. 75); i 5) da čuvaju poslovnu tajnu (ZPD, čl. 72).

Proklamovanje dužnosti direktora prema kompaniji je svakako poželjno, ali od toga nema mnogo koristi ako pravni sistem ne nudi odgovarajuće sankcije za lice koje ove dužnosti povredi. U anglosaksonskom pravu su sankcije zbog povrede fiducijarnih dužnosti izrazito razvijene. Između ostalog, u anglosaksonskim pravnim sistemima postoji jedna specifična sankcija, koja se ogleda u obavezi prenosa svih koristi koje je direktor ostvario povredom dužnosti prema društvu (engl. *account for profits, disgorgement of profits, disgorgement damages*) (Fleischer, 2005, p. 397). Sankcija prenosa koristi ima za cilj sprečavanje „neosnovanog obogaćenja“ direktora. U tom pogledu, kompanija se tretira kao da je ona vodila poslove direktora i time stekla profit koji je direktor ostvario nezakonitim radnjama.⁴ Iz izloženog se uočava da za sankciju prenosa koristi nije od značaja da li je društvo pretrpelo bilo kakvu štetu zbog povrede dužnosti direktora, niti je relevantno pitanje krivice direktora (Fleischer, 2005, p. 397). Jedini uslov za primenu ove sankcije jeste činjenica da je direktor stekao profit, odnosno koristi od sopstvenog nelojalnog postupanja.

Pod uticajem anglosaksonskog prava, i srpski zakonodavac je u Zakonu o privrednim društvima izričito uredio sankciju prenosa koristi, kao posledicu povrede dužnosti izbegavanja sukoba interesa i zabrane konkurencije društvu. Prema tim pravilima, društvo

⁴ U pitanju je američki pristup. Više vid.: Gelter & Helleringer, 2018, p. 95.

ima pravo da od direktora koji povredi dužnost izbegavanja sukoba interesa ili pravila o zabrani konkurencije zahteva „prenos na društvo koristi koju je to lice ostvarilo kao posledicu te povrede“ (ZPD, čl. 71, st. 1, tač. 2 i čl. 76, st. 1, tač. 2). Iako je na ovaj način anglosaksonski institut *disgorgement of profits* dobio svoje zakonsko utemeljenje, ipak je u pitanju jedan pravni transplant koji se teško uklapa u logiku i sistematiku srpskog građanskog prava, a posebno deliktne prava.

Osnovna sankcija za povredu bilo koje obaveze u srpskom pravu jeste obaveza štetnika da oštećenom licu naknadi štetu. Navedena odgovornost štetnika počiva na načelu obeštećenja, u skladu sa kojim oštećeno lice treba da bude dovedeno u stanje u kome bi bilo da se protivpravna radnja štetnika nije dogodila. Drugim rečima, fokus deliktne prava je na oštećenom licu i saniranju štetnih posledica protivpravne radnje na njegovu imovinu. Nasuprot tome, institut prenosa koristi ima sasvim drugu logiku i ugao posmatranja. Ovde je fokus na štetniku, a ne na oštećenom licu, budući da je cilj da se imovina štetnika dovede u stanje u kome bi bila da protivpravna radnja nikada nije izvršena. Iz tog razloga se štetniku oduzimaju sve koristi zbog povrede dužnosti prema kompaniji. Izložena analiza je pokazala da se prenos koristi kao sankcija ne uklapa u sistem srpskog deliktne prava, koje upravo nastoji da spreči bilo kakvo „obogaćenje“ oštećenog u slučaju odgovornosti štetnika za izvršenu protivpravnu radnju.⁵

Jedini pravni institut u opštem srpskom građanskom pravu koji počiva na sličnoj logici kao anglosaksonski institut prenosa koristi jeste naknada vrednosti postignutih koristi kao posledica sticanja bez osnova. Međutim, između ova dva instituta postoji jedna bitna razlika, koja se ogleda u tome da do sticanja bez osnova dolazi kada deo imovine „osiromašenog“ bez pravnog osnova pređe u imovinu „obogaćenog“, dok kod anglosaksonskog *disgorgement of profits* upravo nije bitno šta se dešavalo sa imovinom društva – drugim rečima, ta imovina uopšte ne mora da bude umanjena („osiromašena“), već je za primenu date sankcije jedino relevantno da postoji uvećanje imovine (tj. koristi ili profit) na strani direktora.

Izložena analiza je pokazala da pravni transplanti iz anglosaksonskog kompanijskog prava u izvesnom smislu i danas čine „strano telo“ u srpskom pravnom sistemu, sa kojim će pravna teorija, ali i praksa, imati teškoće da se izbori, bez dodatne produbljene analize njihovog izvornog, originernog uređenja i shvatanja.

3.2. Derivativna tužba

U društvima kapitala je vlasništvo razdvojeno od kontrole, pa članovi, odnosno akcionari imaju pasivnu ulogu u vođenju svakodnevnih poslova koje je povereno profesionalnom menadžmentu (direktorima). U situaciji kada direktor povredi svoje dužnosti prema kompaniji, član, odnosno akcionar može da ga lično tuži za naknadu štete. Tada je reč o individualnoj, direktnoj tužbi (Hamilton, 2000, p. 535). Nasuprot tome, u savremenom kompanijskom pravu postoji i mogućnost da član, odnosno akcionar tuži

⁵ U tom smislu srpsko pravo pati od tzv. „efekta transplanta“, koji se ogleda u raskoraku između postojećih pravnih instituta i pravnog transplanta, i time slabi efikasnost novouvedenih pravila. Više vid.: Berkowitz, Pistor & Richard, 2003, p. 171.

direktora u svoje ime, ali za račun kompanije. U tom slučaju je reč o derivativnoj tužbi. Izraz „derivativna tužba“ je rezultat činjenice da je zbog povrede dužnosti direktora direktno oštećeno društvo, te da zapravo njemu, a ne članu (akcionaru), pripada pravo na naknadu od direktora (Cassim, 2013, p. 168; Hamilton, 2000, p. 535; upor. Cox, Hazen & O' Neal, 1997, p. 397). Usled toga, pravo člana (akcionara) da podigne tužbu za račun društva je izvedeno (derivativno) iz prava društva kao direktno oštećenog lica. Derivativna tužba je način da članovi (akcionari) zaštite kompaniju od nesavesnih, nepoštenih direktora, kada uprava zbog zloupotrebe, prevare ili zanemarivanja svojih dužnosti propusti da vrši prava koja kompanija ima (Cassim, 2013, p. 171). Prema tome, uz pomoć ove vrste tužbe članovi (akcionari) mogu da kontrolišu i zaštite svoje društvo od štete koju mu neposredno prouzrokuju direktori.

Iz izloženog se uočava da je derivativna tužba nastala kao posledica napetosti između članova (akcionara) i uprave. Pomenuta napetost pre svega počiva na činjenici da je upravi data gotovo nekontrolisana diskrecija u upravljanju tuđim novcem i imovinom (upor. Fleischer, 2005, p. 388). Imajući u vidu da direktori nisu bili efektivno odgovorni disperzovanim članovima (akcionarima), jer je zakonodavstvo nudilo slabu zaštitu u tom smislu, u anglosaksonskom pravu se razvila mogućnost podizanja derivativne tužbe. Derivativna tužba je dopuštena na osnovu *equity*, s obzirom na to da prema *common law* pravilima član (akcionar) nije imao pravo da tuži u svoje ime radi naknade štete kompaniji. Pošto *common law* nije adekvatno štitio članove (akcionare), sudovi su na osnovu pravičnosti dozvolili da član (akcionar) za svrhu zaštite interesa kompanije i njenog obeštećenja, metaforički rečeno, „uđe u kožu“ svoje kompanije, kako bi zloupotreba od strane uprave bila na odgovarajući način sankcionisana.

Pošto je derivativna tužba proizvod anglosaksonske sudske prakse (Yap, 2009, p. 205) sudovi, a pre svega Vrhovni sud SAD, nastavili su da razvijaju ovaj koncept, postepeno utvrđujući uslove koji moraju da budu ispunjeni da bi član (akcionar) mogao da tuži direktora za račun društva. Međutim, s vremenom su pojedini akcionari počeli da zloupotrebljavaju ovaj pravni institut, što je izazvalo potrebu za zakonodavnom intervencijom. Tako je američki zakonodavac uredio derivativnu tužbu propisavši da na ovaj način direktora može da tuži samo član (akcionar) koji predstavlja interese članova (akcionara) u društvu, kao i da spor po derivativnoj tužbi ne može da se reši vansudskim putem (tj. poravnanjem).⁶

Pod uticajem anglosaksonskog prava derivativna tužba je uvedena i u srpsko kompanijsko pravo. Ona je prvi put izričito uređena i dopuštena Zakonom o preduzećima iz 1996. godine (čl. 73) dok je kasnijim zakonima ovaj koncept detaljnije uobličena i dodatno regulisana. Važeći Zakon o privrednim društvima iz 2011. godine propisuje da članovi mogu u svoje ime, a za račun društva, da podnesu tužbu protiv lica koje povredi svoje dužnosti prema društvu (ZPD, čl. 79, st. 1). Navedeni pravni transplant je suprotan opštim pravilima parničnog postupka u srpskom pravu. Osnovno pravilo parničnog postupka je da aktivna legitimacija za podizanje tužbe pripada onom licu koje tvrdi da ima određeni zahtev protiv tuženog (ovde, štetnika). To, drugim rečima, znači da je u slučaju

⁶ Uzrok tome su bile tzv. *strike suits* – tužbe sa neosnovanim zahtevima čiji je jedini cilj bio vršenje pritiska na upravu i postizanje vansudskog poravnanja. Više vid.: Boyle, 2004, p. 41; Hamilton, 2000, p. 542.

povrede dužnosti od strane direktora, za podizanje tužbe aktivno legitimisano društvo, kao poseban pravni subjekt, a ne njegovi članovi (akcionari) (upor. Cassim, 2013, p. 170; Yap, 2009, p. 198). Društvo je usled povrede dužnosti direktora direktno oštećeno, dok članovi (akcionari) tek indirektno trpe štetu zbog smanjenja vrednosti svojih udela (akcija) usled oštećenja samog društva.⁷

Imajući u vidu specifičnost i neuklopljenost derivativne tužbe kao pravnog transplanta u načela srpskog građanskog procesnog prava, ne čudi da su ove vrste tužbi u srpskoj praksi retke. Prema tome, iako naizgled važno oružje u borbi protiv nepoštenih direktora ili kontrolnih članova (akcionara) (Cassim, 2013, p. 170), upotreba derivativne tužbe od strane manjinskih akcionara u Srbiji nije naišla na šire prihvatanje. Uz to treba naglasiti da su derivativne tužbe, čak i u njihovom matičnom pravnom sistemu, izložene ozbiljnoj kritici. Tako američki autori navode da su one u praksi retko kad uspešne, budući da samo u približno 2–6% slučajeva dolazi do usvajanja tužbenog zahteva za račun kompanije (Cox, Hazen, & O’Neal, 1997, p. 399). Kada se tome doda činjenica da je interes člana (akcionara) za podizanje derivativne tužbe mali, jer sva postignuta korist ide društvu, ispostavlja se da je ovde zapravo glavna zainteresovana strana advokat tužioca, koji očekuje da ostvari naknadu od vođenja ove vrste spora (Ferrara, Abikoff & Gansler, 2005, p. 41). Konačno, u američkoj praksi su se pojedini akcionari specijalizovali za podizanje ovih vrsta tužbi, čime zloupotrebljavaju ovaj pravni institut za svrhe kojima nikako nije trebalo da služi (Ferrara, Abikoff & Gansler, 2005, p. 41). Izloženi problemi u pravu SAD doveli su do razvoja brojnih zaštitnih mehanizama koji prate primenu derivativne tužbe. Nažalost, s obzirom na nepostojanje prakse i iskustava sa derivativnom tužbom, u srpskom pravu još uvek nedostaje sveobuhvatna analiza i prateći pravni instituti koji bi omogućili zaštitu u slučaju eventualnih zloupotreba.

3.3. Jednodomno upravljanje

U savremenom kompanijskom pravu, dva osnovna sistema upravljanja društvima kapitala su: jednodomni sistem (engl. *one-tier system*, nem. *monistisches System*) i dvodomni sistem (engl. *two-tier system*, nem. *dualistisches System*). Pritom se jednodomni sistem upravljanja često naziva i „anglosaksonski model uprave“, jer je karakterističan za anglosaksonske zemlje, Englesku i SAD, gde je nastao i razvio se kao vodeći model. Kod jednodomnog sistema ne postoji razdvajanje između vođenja poslova društva i vršenja kontinuiranog (redovnog) nadzora nad vođenjem poslova, već su obe funkcije poverene jedinom organu uprave – odboru direktora. U anglosaksonskim zemljama, jednodomni sistem, otelovljen u odboru direktora, ima dugu tradiciju te predstavlja koncept koji se postepeno razvijao. Isprva su odbori direktora bili pretežno insajderski, jer su njihovi članovi bili lica blisko povezana sa kompanijom (na primer, zaposleni, veliki akcionari i sl.) (Radović, 2008a, p. 77).

S vremenom, usled sve veće disperzije akcionarstva, odbor direktora su počeli da čine pretežno profesionalni menadžeri. Takva promena je dovela do razdvajanja

⁷ U uporednom pravu se smatra da takva indirektna šteta nije dovoljan osnov za tužbu, već da je aktivno legitimisano lice direktno oštećeno – društvo. Vid.: Fannon, 2005, p. 23; Cox, Hazen, & O’Neal, 1997, p. 396.

vlasništva i kontrole, zbog čega je jedno od najvažnijih pitanja postalo kako kontrolisati odbor direktora. Reč je o takozvanom prvom agencijskom problemu koji proističe iz činjenice da su akcionari, kao principal, delegirali upravljanje kompanijom direktorima, kao agentima, pa sada treba da pronađu način da nateraju direktore da rade u njihovom najboljem interesu (Radović, 2008b, p. 239 i dalje). U rešavanju prvog agencijskog problema, u anglosaksonskom pravu su nastali koncepti neizvršnih i nezavisnih direktora, koji su potom preuzimani i u drugim, kontinentalnim pravnim sistemima (Radović, 2008a, pp. 77, 84).

Imajući u vidu okolnosti nastanka koncepta nezavisnih direktora, oni su naročito opravdani u jednodomnom sistemu upravljanja društvima sa disperzovanim akcionarstvom. Naime, velike kompanije sa disperzovanim akcionarstvom karakteriše snažna uprava, a slabi akcionari. Stoga je ovde naročito izražena potreba za rešavanjem prvog agencijskog problema putem nezavisnih direktora. Nasuprot tome, u malim, nejavnim društvima postoji snažna sprega akcionara i odbora direktora, pa samim tim akcionari mogu da na adekvatan način kontrolišu rad odbora i izvršnih direktora. Za razliku od jednodomnih sistema, u dvodomnim sistemima već postoji unutrašnja kontrola upravnog odbora od strane nadzornog odbora, pa potreba za nezavisnim direktorima nije tako izražena. Ipak, nezavisni direktori su kao ideja prodrli i u zemlje sa tradicionalno prihvaćenim dvodomnim sistemom upravljanja, jer se smatra da njihovo obavezno uključivanje u upravni odbor ne može da škodi, čak i ako nije neophodno (upor. Radović, 2008a, p. 92).

U Srbiji je jednodomni sistem upravljanja društvima kapitala prvi put uveden Zakonom o privrednim društvima iz 2004. godine, i to kao jedini dozvoljeni model (Radović, 2008a, p. 83). Prema ovom zakonu, obavezni organi, primera radi, akcionarskog društva su bili skupština i direktor (odnosno upravni odbor). Sledeći, važeći Zakon o privrednim društvima iz 2011. godine, takođe poznaje jednodomni sistem upravljanja društvima kapitala, ali mu daje daleko manji značaj. Prema važećem rešenju, upravljanje društvom sa ograničenom odgovornošću i akcionarskim društvom može biti organizovano kao jednodomno ili dvodomno. Dakle, sada jednodomni sistem postoji paralelno sa dvodomnim i predstavlja jedan od dva zakonom dozvoljena sistema upravljanja. Na taj način je kompanijama ostavljena sloboda izbora modela koji najviše odgovara njihovoj organizaciji i potrebama.⁸

Iako preuzet iz anglosaksonskog prava, sistem jednodomnog upravljanja u srpskom kompanijskom pravu pokazuje određene specifičnosti u odnosu na klasičan model. Prvo, za razliku od anglosaksonskog uzora gde odbor direktora odlučuje o sastavu višeg izvršnog rukovodstva, u Srbiji skupština određuje koji direktori će biti izvršni, a koji neizvršni. Drugo, u čistom jednodomnom sistemu je moguća delegacija nadležnosti sa odbora direktora na izvršne direktore, dok su u srpskom pravu nadležnosti izričito zakonom precizirane, te takva prenošenja nadležnosti ne bi bila dozvoljena. Treće, u Srbiji izvršni direktori u vođenju poslova društva moraju da se pridržavaju ograničenja koja, između ostalog, utvrđuje skupština. U tom smislu je skupština postavljena kao hijerarhijski najviši organ kome se dozvoljava da uzurpira deo nadležnosti odbora direktora. Takvo rešenje je, međutim, osobeno u odnosu na klasičan jednodomni sistem iz anglosaksonskog prava.

⁸ Kod akcionarskih društava, na primer, model upravljanja se određuje u okviru statuta. Vid.: ZPD, čl. 326, st. 6.

3.4. Probijanje pravne ličnosti

Institut probijanja pravne ličnosti (engl. *lifting the corporate veil*) predstavlja još jedan proizvod anglosaksonske sudske prakse. On se razvio kao korektiv pravila o odvojenom pravnom subjektivitetu privrednog društva i ograničenoj odgovornosti članova (akcionara) za obaveze privrednog društva – društva kapitala (Wen, 2014, p. 324; Cox, Hazen & O’Neal, 1997, p. 111). Naime, postoje situacije u kojima pravni koncept fikcije postojanja privrednog društva treba ignorisati, kako bi se dala prednost ekonomskoj realnosti. Reč je o slučajevima kada, primera radi, kontrolni član zloupotrebljava svoju poziciju, pa postupa kao da društvo nije odvojeni pravni subjekt i nema sopstvenu imovinu, ciljeve, poverioce. Još početkom XX veka američki sudovi su zaključili da, naročito u slučaju prevare od strane člana, treba tretirati kompaniju kao da nije poseban pravni subjekt i, zahvaljujući tome, uspostaviti neposrednu odgovornost datog člana za obaveze kompanije.

S obzirom na to da se probijanje pravne ličnosti primenjuje samo kada je određen član (akcionar) u poziciji da odlučujuće utiče na poslovanje tog društva (Cox, Hazen & O’Neal, 1997, p. 115), ono se najviše koristi kod zatvorenih društava, kod kojih je moguće identifikovati dominantnog, kontrolnog člana. Nasuprot tome, ovaj institut nije pogodan za javna akcionarska društva sa puno akcionara, budući da je kod njih teže utvrditi jednog kontrolnog akcionara. Otuda u pravu SAD nisu zabeleženi slučajevi probijanja pravne ličnosti javnih akcionarskih društava (Rudorfer, 2006, p. 4).

Imajući u vidu da u Srbiji preovlađuju kompanije sa kontrolnim članom (akcionarom), zbog koncentracije vlasništva u akcionarskim društvima i brojnih jednočlanih i porodičnih društava sa ograničenom odgovornošću, postoji naročiti interes za razvoj i primenu instituta probijanja pravne ličnosti. Ovaj anglosaksonski institut je prvi put uveden u srpsko pravo Zakonom o preduzećima iz 1988. godine, sa izmenama iz 1989. godine.⁹ Međutim, njegov domen primene je tada bio uzak i ograničen isključivo na jednočlana društva. Kasnijim zakonima je regulativa dopunjavana, a primena proširivana. Tako, važeći Zakon o privrednim društvima iz 2011. godine propisuje da komanditor, član društva s ograničenom odgovornošću i akcionar, odgovara za obaveze društva ako zloupotrebi pravilo o ograničenoj odgovornosti, a naročito ako: 1) upotrebi društvo za postizanje cilja koji mu je inače zabranjen; 2) koristi imovinu društva ili njome raspolaže kao da je njegova lična imovina; 3) koristi društvo ili njegovu imovinu u cilju oštećenja poverilaca društva; ili 4) radi sticanja koristi za sebe ili treća lica umanju imovinu društva, iako je znalo ili moralo znati da društvo neće moći da izvršava svoje obaveze (ZPD, čl. 18, st. 1 i 2).

Iako srpsko pravo već relativno dugo poznaje institut probijanja pravne ličnosti, on se u praksi retko primenjuje. Osim toga, različitost dosadašnjih zakonskih rešenja je doprinela nedovoljnom razumevanju ovog mehanizma zaštite poverilaca, pa se neretko dešava da ga sudovi nepravilno primenjuju. U tom smislu su se sudske odluke,

⁹ Vid.: Zakon o preduzećima iz 1988. godine, sa izmenama iz 1989. godine (*Službeni list SFRJ*, br. 77/1988, 40/1989), čl. 140a: „Ako jedini deoničar deoničkog društva, jedini član društva sa ograničenom odgovornošću ili jedini vlasnik privatnog preduzeća svojim radnjama ili mešanjem svoje imovine i imovine preduzeća stvara kod drugih privid privrednog identiteta sa preduzećem odgovara poveriocima za obaveze preduzeća neograničeno solidarno.“

od uvođenja ovog instituta, kretale od njegove preširoke do preuske primene. Tako su isprva, kako pokazuje Presuda Vrhovnog suda Srbije, Prev. 133/99 od 6.7.1999. godine, sudovi smatrali da postoji osnov za probijanje pravne ličnosti čak i kada član društva svojom ličnom imovinom garantuje poveriocu izvršenje ugovornih obaveza društva. Nasuprot tome, danas sudovi izbegavaju probijanje pravne ličnosti čak i u situacijama kada član očigledno zloupotrebljava pravni subjektivitet društva, smatrajući da je to prestroga sankcija. Štaviše, dokazivanje ispunjenosti propisanih uslova za probijanje pravne ličnosti u srpskoj sudskoj praksi tretira se kao *probatio diabolica*, jer je teret dokazivanja na tužiocu, a on po pravilu neće moći da dokaže sve relevantne činjenice za utvrđivanje zloupotrebe. Iz izloženog se zaključuje da zakonska pravna transplantacija anglosaksonskog instituta probijanja pravne ličnosti nikako ne može biti dovoljna, već je neophodno dostizanje odgovarajućeg stepena razvoja pravne misli da bi se suštinski razumeo institut koji sudovi treba da primenjuju.

4. Zaključak

Prethodna analiza je pokazala da srpsko pravo, iako pripada porodici evropsko-kontinentalnih pravnih sistema, ipak poznaje brojne anglosaksonske institute u oblasti kompanijskog prava. Većina tih instituta je u srpsko pravo prodrila „odozgo“, na osnovu zakonodavne intervencije. Ipak, da li će određeni pravni transplant zaživeti ili doživeti neuspeh, pretežno zavisi od toga u kojoj meri se on uklapa u već postojeće pravno i privredno okruženje (upor. Fleischer, 2005, p. 392). Nesporno je da su svi analizirani anglosaksonski pravni instituti u međuvremenu postali sastavni deo globalnog kompanijskog prava, pa su tako, sa većim ili manjim modalitetima, prihvaćeni i u drugim evropsko-kontinentalnim pravnim sistemima. Uprkos tome, u Srbiji mnogi od njih ne funkcionišu u potpunosti ili na pravi način. Razlog se ogleda u bitno drugačijim okolnostima u srpskoj privredi u odnosu na zemlje porekla transplanata – Americi i Engleskoj.

Dok u pomenutim anglosaksonskim zemljama stožer privrede predstavljaju akcionarska društva sa disperzovanim akcionarstvom i razvijenim tržištem kapitala, u Srbiji dominiraju društva sa ograničenom odgovornošću, i to pre svega jednočlana ili porodična, sa manjim brojem članova, a nad malobrojnim akcionarskim društvima je nakon privatizacije izvršena koncentracija vlasništva, tako da i ona danas većinski imaju kontrolnog akcionara. Otuda su i problemi, odnosno kontekst u kome treba primenjivati anglosaksonske kompanijskopravne institute bitno drugačiji nego, na primer, u Americi. To u velikoj meri otežava adaptaciju navedenih pravnih transplanata. Kada se tome doda činjenica različite pravne tradicije i sistema, jasno je zbog čega ni primena anglosaksonskih koncepata ne može biti dovoljno efikasna (upor. Berkowitz, Pistor & Richard, 2003, p. 165).

Literatura

- Berkowitz, D., Pistor, K. & Richard, J-F. 2003. The Transplant Effect. *The American Journal of Comparative Law*, 51, pp. 163-203.
- Boyle, A. J. 2004. *Minority Shareholders' Remedies*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Cassim, M.F. 2013. When Companies Are Harmed by Their Own Directors: The Defects in the Statutory Derivative Action and the Cures (Part 1). *South African Mercantile Law Journal*, 25, pp. 168-183.
- Cox, J., Hazen T.L., & O'Neal, F.H. 1997. *Corporations*. New York: Aspen Law & Business.
- Ferrara, R.C., Abikoff, K.T. & Gansler, L.L. 2005. *Shareholder Derivative Litigation: Besieging the Board*, New York: Law Journal Seminars-Press.
- Fleischer, H. 2005. Legal Transplants in European Company Law – The Case of Fiduciary Duties. *European Company and Financial Law Review*, 2 (3), pp. 378-397.
- Gelter, M. & Helleringer, G. 2018. Opportunity Makes a Thief: Corporate Opportunities as Legal Transplant and Convergence in Corporate Law. *Berkley Business Law Journal*, 15(1), pp. 92-153.
- Hamilton, R.W. 2000. *The Law of Corporations*, St. Paul (Minn.): West Group.
- Kanda, H. & Milhaupt, C. 2003. Re-examining Legal Transplants: The Director's Fiduciary Duty to Japanese Corporate Law. *The American Journal of Comparative Law*, 51, pp. 887-901.
- Lynch Fannon, I. 2005. A Transatlantic Case: The Derivative Action as a Corporate Governance Tool. *Dublin University Law Journal*, 27, pp. 1-27.
- Radović, V. 2008a. Put ka nezavisnom upravnom odboru. *Pravni život*, 12, pp. 73-99.
- Radović, V. 2008b. Uticaj agencijskih problema na pravo akcionarskih društava i korporativno upravljanje. U: Vasiljević, M. & Radović, V. *Korporativno upravljanje*, Beograd, pp. 235-265.
- Rudorfer, M. 2006. *Piercing the Corporate Veil*, Norderstedt: GRIN Verlag.
- Yap, J. L. 2009. Whither the Common Law Derivative Action. *Common Law World Review*, 3, pp. 197-206.
- Wen, S. 2014. The Ideals and Reality of a Legal Transplant - The Veil-Piercing Doctrine in China. *Stanford Journal of International Law*. 50(2), pp. 319-358.

Pravni izvori i sudska praksa

- Zakon o preduzećima, *Službeni list SFRJ*, br. 77/1988, 40/1989, 46/1990 i 61/1990 i *Službeni list SRJ*, br. 24/1994 - dr. zakon.
- Zakon o preduzećima, *Službeni list SRJ*, br. 29/1996, 33/1996, 29/1997, 59/1998, 74/1999 i 36/2002.
- Zakon o privrednim društvima, *Službeni glasnik RS*, br. 125/2004.
- Zakon o privrednim društvima, *Službeni glasnik RS*, br. 36/2011, 99/2011, 83/2014, 5/2015, 44/2018 i 95/2018.
- Presuda Vrhovnog suda Srbije, Prev. 133/99 od 6.7.1999. godine, *Sudska praksa privrednih sudova – Bilten*, br. 1/2000, p. 105

Mirjana Z. Radović, PhD, LLM (Humboldt)

Associate Professor, Faculty of Law, University Belgrade

e-mail: *mirjanam@ius.bg.ac.rs*

INFLUENCE OF ANGLO-SAXON LAW ON SERBIAN COMPANY LAW

Summary

In this paper the author analyzes Anglo-Saxon legal transplants that have become part of Serbian company law. From numerous Anglo-Saxon solutions, the author selected the following illustrative examples of legal transplantation: a) director's duties, b) derivative action, c) one-tier system, and d) piercing the corporate veil. Although each of these legal institutes is nowadays generally accepted as part of the global company law, in Serbian law there are still difficulties with their adaptation and efficient application in the existing regulatory and economic environment. For this reason, in Serbian law Anglo-Saxon legal institutes are being either rarely or incorrectly applied. Bearing in mind that the influence of Anglo-Saxon law in the field of company law is indisputably useful and welcomed, the author concludes that complete success and correct application of the transplanted solutions primarily depends on further development of Serbian legal thought through comparative legal analyses that would bring our legal theory and practice closer to the leading legal systems.

Keywords: Anglo-Saxon law, director's duties, derivative action, one-tier system, piercing the corporate veil.

Priljeno: 7.5.2019.
Prihvaćeno: 10.7.2019.