

UDK 005.334:347.72

CERIF: S114

DOI: 10.5937/AnaliPFB1903196M

Dr Borko Mihajlović, LL.M.*

POSEBNE DUŽNOSTI U PERIODU RIZIKA OD STEČAJA

Predmet ovog rada je analiza karakteristika i značaja instituta posebnih dužnosti prema privrednom društvu u jednom veoma specifičnom periodu poslovanja, koji nazivamo periodom rizika od stečaja. Nakon kratkog izlaganja o osnovnim osobinama instituta posebnih dužnosti, autor razmatra vremensko određenje i specifičnosti perioda rizika od stečaja. U najznačajnijem delu rada autor analizira osobenosti posebnih dužnosti u periodu rizika od stečaja, i to u pogledu subjekata, objekta, vrsta i odgovornosti. Cilj ove analize je prvenstveno ocena osnovanosti stvaranja posebne pravne regulative posebnih dužnosti u periodu rizika od stečaja, kao i neophodnosti prilagođenog tumačenja i primene postojeće regulative u tom periodu poslovanja. Autor zaključuje da u srpskom pravu, u ovom trenutku, ne postoji potreba za stvaranjem posebne pravne regulative posebnih dužnosti u periodu rizika od stečaja, ali ističe da je prilagođeno, drugačije, specifično tumačenje te regulative, u skladu sa osobenostima perioda rizika od stečaja, moguće i veoma korisno.

Ključne reči: Posebne dužnosti prema privrednom društvu. – Dužnost pažnje. – Dužnost lojalnosti. – Period rizika od stečaja. – Preteći stečaj.

1. UVOD

Posebne dužnosti prema privrednom društvu su zaseban pravni institut kompanijskog prava, koji doprinosi rešavanju nekih osnovnih i najznačajnijih problema i pitanja te grane prava. Osnovni ciljevi ustanovljavanja tog instituta su ograničenje diskrecionih ovlašćenja lica koja neposredno upravljaju privrednim društvom, ali i svih drugih lica koja ima-

* Autor je docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu, bmihajlovic@jura.kg.ac.rs.

ju značajan (posredan) uticaj na funkcionisanje i poslovanje privrednog društva i uspostavljanje mehanizma za izjednačavanje (poistovećivanje) interesa tih lica i privrednog društva, kao posebnog pravnog subjekta, odnosno njegovih članova. Tako opredeljeni ciljevi ukazuju na nesporan značaj posebnih dužnosti u svim periodima nastanka i razvoja privrednog društva. I dok su uloga i značaj posebnih dužnosti, kao i njihova primena, relativno jasno određeni u prvom, početnom periodu – periodu osnivanja i nastanka, kao i u redovnom periodu poslovanja privrednog društva, to se ne bi moglo reći za jedan veoma specifičan period poslovanja, koji u ovom radu nazivamo periodom rizika od stečaja („preteći stečaj“).¹ Taj period poslovanja ima presudan značaj za dalju sudbinu privrednog društva i brojnih subjekata koji se smatraju nosiocima interesa u vezi sa poslovanjem privrednog društva (stejkholderi). Nameće se potreba za jasnim definisanjem i analizom perioda rizika od stečaja, što je posebno važno za zemlje poput Srbije, u kojima su poslovne teškoće gotovo neizbežan pratilac poslovanja brojnih privrednih subjekata, a uzrokovane su prvenstveno nizom negativnih tržišnih okolnosti. Period rizika od stečaja obeležen je mnogim nejasnoćama i dilemama, počev od njegovog definisanja (sadržinskog i vremenskog), pa do eventualne potrebe za stvaranjem i primenom posebne pravne regulative u tom periodu poslovanja, odnosno potrebe za specifičnim, manje ili više drugačijim, tumačenjem i primenom klasičnih, dobro poznatih instituta kompanijskog prava tokom trajanja tog perioda poslovanja. Osnovni predmet ovog rada je utvrđivanje karakteristika i značaja instituta posebnih dužnosti prema privrednom društvu u periodu rizika od stečaja.

2. O POSEBNIM DUŽNOSTIMA PREMA PRIVREDNOM DRUŠTVU

Posebne dužnosti prema privrednom društvu nastale su i razvile se kao zaseban i veoma značajan institut kompanijskog prava prvenstveno u američkoj sudskoj praksi i praksi drugih zemalja anglosaksonske pravne tradicije. Iako su pojedini pojavni oblici posebnih dužnosti odavno poznati i u zemljama kontinentalnoevropske pravne tradicije, one su u tim zemljama uobličene u zaseban pravni institut kasnije, a pod snažnim uticajem anglosaksonskog prava. Zato se one smatraju i možda najznačajnijim primerom pravne transplantacije u kompanijskom pravu (Fleischer 2005, 380; Vasiljević 2004, 144). Iz te činjenice proizilazi i konstatacija da u savremenom uporednom kompanijskom pravu između pojedinih pravnih sistema ne postoje suštinske razlike u osnovnim karakteristikama,

¹ Za potrebe ovog rada nazive „period rizika od stečaja“ i „preteći stečaj“ korišćemo u zamenljivom značenju.

vrstama i elementima instituta posebnih dužnosti. No, kako detaljna analiza posebnih dužnosti svakako nije predmet ovog rada, izložićemo u kratkim crtama samo nekoliko važnih činjenica vezanih za ovaj institut, a one se tiču subjekta i objekta posebnih dužnosti, osnovnih vrsta posebnih dužnosti, kao i odgovornosti za slučaj povrede neke od posebnih dužnosti.

Subjekti posebnih dužnosti se, po pravilu, što je slučaj i u srpskom pravu (videti Zakon o privrednim društvima Republike Srbije,² član 61), dele u dve grupe: direktore i druga lica, koja čine upravu privrednog društva i članove privrednog društva, pri čemu u društvima kapitala subjekti posebnih dužnosti najčešće nisu svi članovi, već samo oni koji se smatraju kontrolnim ili većinskim članovima. Ali, ima i izuzetaka. Primer je britansko pravo, koje članovima privrednog društva ne priznaje svojstvo subjekta posebnih dužnosti, ali ono poznaje koncept faktičkog direktora i direktora iz senke, čija primena omogućava da se i članovi društva na posredan način tretiraju kao subjekti posebnih dužnosti (Sørensen 2010, 134). Objekat posebnih dužnosti je u većini zemalja kontinentalnoevropske tradicije privredno društvo (Gerner-Beuerle, Paech, Schuster 2013, 63), dok je u američkom pravu, osim društva, svojstvo objekta priznato i članovima društva (Gelter, Helleringer 2014, 304). Utvrđivanje interesa objekta posebnih dužnosti predmet je dugotrajnih naučnih rasprava i sporova, koji su rezultirali brojnim, različitim teorijama, ali koje još uvek ne daju jasan, nedvosmislen odgovor na pitanje šta je to zapravo objekat posebnih dužnosti, odnosno šta je interes prethodno utvrđenog objekta. To je važno zbog činjenice da je osnovno obeležje posebnih dužnosti postupanje subjekta u (najboljem) interesu objekta.

Komanijska prava širom sveta kao dve osnovne posebne dužnosti prepoznaju dužnost pažnje i dužnost lojalnosti. Zemlje kontinentalnoevropske pravne tradicije prioritet tradicionalno daju dužnosti pažnje (Grundmann 2012, 265), dok je u američkom pravu osnovna i najznačajnija fiducijarna dužnost dužnost lojalnosti (Strine *et al.* 2010, 635). Dužnost pažnje podrazumeva obavezu subjekata te dužnosti da prilikom donošenja poslovnih odluka postupaju savesno, sa odgovarajućim stepenom pažnje, sa uverenjem da deluju u interesu privrednog društva (videti ZPD, član 63). Dužnost lojalnosti predstavlja skup pravnih standarda i/ili pravnih pravila, koja služe za određivanje, opredeljivanje, definisanje konkretnih faktičkih situacija u kojima lica sa posebnim dužnostima mogu postupati nelojalno, odnosno ne u najboljem interesu privrednog društva (Mihajlović 2018, 52). Najčešći i najvažniji pojavnici oblici dužnosti lojalnosti su one dužnosti koje su u vezi sa pravnim poslovima sa povezanim licima (eng. *related party transactions*) i korišćenjem poslovnih mogućnosti pri-

² Zakon o privrednim društvima Republike Srbije – ZPD, *Službeni glasnik RS* 36/2011, 99/2011, 83/2014 – dr. zakon, 5/2015, 44/2018 i 95/2018.

vrednog društva (eng. *corporate opportunities*) (Germer-Beuerle, Paech, Schuster 2013, 118). Primeri ispoljavanja dužnosti lojalnosti su i zabrana prevare, ugovori o zajmu i kreditu između privrednog društva kao zajmodavca ili davaoca kredita i direktora kao zajmoprimca ili korisnika kredita, poštovanje zabrane konkurencije prema privrednom društvu, zabrana nezakonitog sticanja profita na osnovu pozicije direktora itd. (Hopt 2013, 176–181).

Najznačajniji oblik odgovornosti za povredu posebnih dužnosti je naknada štete, a pored nje, posledica povrede posebnih dužnosti (u nekim slučajevima povrede dužnosti lojalnosti) može biti prenos koristi ostvarene povredom na privredno društvo. Osim te, imovinske odgovornosti, prisutna je i statusna i krivična odgovornost za povredu posebnih dužnosti. Ali, kako je podnošenje tužbe za povredu posebnih dužnosti praćeno brojnim teškoćama, to za posledicu ima neprimenjivanje (ili malu primenu) instituta posebnih dužnosti u sudskoj praksi, što je još jedna zajednička osobina gotovo svih pravnih sistema. Jedini izuzetak od poslednje navedene konstatacije je američko pravo, mada ni u Sjedinjenim Američkim Državama primena posebnih dužnosti u sudskoj praksi nije zadovoljavajuća.

3. O PERIODU RIZIKA OD STEČAJA

U svom nastanku i razvoju privredno društvo prolazi kroz različite periode. Prvi, početni period je period osnivanja i obezbeđivanja početnog kapitala za obavljanje izabrane privredne delatnosti. Nakon nastanka, privredno društvo ulazi u period redovnog poslovanja, koji, po pravilu, karakteriše finansijski „snažno“ i „zdravo“ privredno društvo. U tom periodu privredno društvo ima tendenciju stalnog razvoja i održivosti, a koji su neizbežno uslovljeni izvesnim, povoljnim okolnostima i činjenicama, vezanim kako za tržište (objektivne), tako i za privredno društvo (subjektivne). Kada neka od tih okolnosti i činjenica, ili više njih istovremeno, postane(nu) nepovoljna(e), finansijsko stanje privrednog društva se pogoršava. Posledica pogoršanja finansijskog stanja može biti insolventnost privrednog društva, koja, pak, može da dovede i do otvaranja stečajnog postupka i gašenja privrednog društva, što bi bio poslednji period u poslovanju privrednog društva (o periodima nastanka i razvoja privrednog društva isto i Pearce II, Lipin 2011, 362; Lepetić 2015, 183). Pojam insolventnosti se u domaćoj stečajnoj praksi poistovećuje sa pojmom nesposobnosti plaćanja, iako on suštinski, u ekonomskom smislu, više odgovara pojmu prezaduženosti (Radović 2017, 336). Iz tog razloga insolventnost u ovom radu shvatamo kao širi pojam, koji obuhvata dva osnovna stečajna razloga u srpskom pravu (nesposobnost plaćanja i prezaduženost). I dok su obeležja perioda osnivanja i nastanka, perioda redovnog poslovanja

i perioda stečaja gotovo nesporna, kao što je nesporna i činjenica da se na prva dva primenjuju pravila kompanijskog prava, a na poslednji, treći, posebna pravna pravila stečajnog prava, postoji jedan poseban, a po mnogo čemu sporan period, koji nastaje nakon redovnog, „zdravog“ poslovanja i traje do otvaranja stečaja, a koji za potrebe ovog rada nazivamo period rizika od stečaja („preteći stečaj“). Taj period poslovanja inostrana pravna literatura označava različitim terminima: „preteća insolventnost“, „blizina insolventnosti“, „zona insolventnosti“ (Dionne 2007, 188; Pearce II, Lipin 2011, 362), a pojedini autori ga, čak, slikovito nazivaju „zonom sumraka“ (Barondes *et al.* 2007, 229; Purslowe 2011, 113; UNCITRAL 2013, 13). No, bez obzira na mnoge nejasnoće, nedorečenosti, različita mišljenja u pravnoj literaturi, kao i različita zakonodavna rešenja (tamo gde ih ima), ovaj, veoma specifičan i veoma osetljiv period, može imati odlučujuću ulogu u daljoj sudbini privrednog društva.

3.1. Vremensko određenje perioda rizika od stečaja

Pre nego što ukažemo na specifičnosti perioda rizika od stečaja, bavićemo se pitanjem određivanja njegovog vremenskog trajanja (početka i kraja „pretećeg stečaja“). To pitanje je i početno, i, možda, osnovno po svom značaju, ali je istovremeno i najspornije pitanje u vezi sa tim periodom poslovanja. A značaj istog pitanja, sa aspekta predmeta ovog rada, ogleda se, ponajpre, u činjenici da je eventualno postojanje bilo kakve posebne pravne regulative, odnosno drugačijeg pravnog režima posebnih dužnosti, uslovljeno, pre svega, određivanjem (barem približnog) vremena u kojem bi se ta posebna pravila primenjivala. Međutim, analizom pravne literature i sudske prakse, prvenstveno zemalja anglosaksonskog prava, koje se periodom rizika od stečaja posebno bave poslednjih decenija, zaključujemo da jasan odgovor na ovo pitanje ne postoji, čak se čini da pravna misao kompanijskog prava nije ni blizu pronalaženja jednoznačnog, jedinstvenog odgovora.

Početak perioda rizika od stečaja može se odrediti na dva načina: korišćenjem objektivnog ili subjektivnog kriterijuma.

Primena objektivnog kriterijuma podrazumeva utvrđivanje stepena ekonomskih i finansijskih teškoća u kojima se privredno društvo nalazi i procenu da li su te teškoće značajne u toj meri da postoji opasnost skorijeg otvaranja stečajnog postupka. Nije jednostavno pronaći precizne ekonomske i finansijske pokazatelje teškoća u kojima se privredno društvo nalazi. Jasan pokazatelj jeste insolventnost, shvaćena kao nesposobnost plaćanja ili prezaduženost. Međutim, svrha definisanja, određivanja početka i kraja „pretećeg stečaja“ ne bi bila potpuno ostvarena ako bismo smatrali da je društvo u tom periodu poslovanja tek kada postane faktički insolventno. Često je u trenutku nastupanja insolventnosti već kasno za blagovremenu reakciju, a u pojedinim pravnim sistemima nastupanje insolventnosti

praćeno je obavezom uprave privrednog društva da pokrene stečajni postupak. Pojedini autori (Davies 2006, 315; Keay 2001, 326) prepoznaju da trenutak nastupanja insolventnosti nije pravi trenutak početka perioda rizika od stečaja, ali ne daju bilo kakvu, drugu, bližu odrednicu početka tog perioda. Oni ostaju na konstatacijama da je dovoljno da se privredno društvo približava insolventnosti, da se nalazi u finansijskim teškoćama, problemima. Tako Endru Kij (Andrew Keay) (2001, 326–329) kao moguće indikatore početka perioda rizika od stečaja navodi „sumnjivu solventnost“, „postojanje rizika insolventnosti“, „finansijsku nestabilnost“. Na sličan način je početak tog perioda poslovanja određen i u najpoznatijem slučaju iz američke sudske prakse (slučaj *Credit Lyonnaais Bank Nederland*), koji se bavio pitanjem pravnog režima posebnih dužnosti u periodu rizika od stečaja (Dionne 2007, 194–195).

Primena subjektivnog kriterijuma u određivanju početka perioda rizika od stečaja zasniva se na subjektivnoj proceni članova uprave privrednog društva, kao najznačajnijih subjekata posebnih dužnosti, o finansijskoj situaciji društva i izgledima da društvo u skorijem periodu postane insolventno. Poreklo subjektivnog kriterijuma i njegovu sve širu zastupljenost u pravnoj literaturi možemo pronaći u institutu nesavesnog poslovanja (eng. *wrongful trading*), karakterističnom za britansko pravo. Taj kriterijum ne daje apstraktan, opšti odgovor na pitanje kada „preteći stečaj“ počinje, već se vezuje za okolnosti konkretnog slučaja i znanje i procenu lica sa posebnim dužnostima. Primenu subjektivnog kriterijuma prihvatila je i Komisija Ujedinjenih nacija za međunarodno trgovinsko pravo (*The United Nations Commission on International Trade Law – UNCITRAL*) u svom zakonodavnom vodiču, koji se bavi posebnim dužnostima direktora u periodu rizika od stečaja. Prema tom vodiču (UNCITRAL 2013, 14–15), nastanak posebnih dužnosti u periodu rizika od stečaja, odnosno početak tog perioda poslovanja, vezuje se za znanje direktora, to jest za trenutak u vremenu u kojem lice sa posebnim dužnostima zna ili je osnovano trebalo da zna da je insolventnost preteća ili neizbežna. Iako u osnovi subjektivan, taj kriterijum, onako kako je interpretiran u zakonodavnom vodiču organizacije UNCITRAL, objektiviziran je činjenicom da se procena vrši prema znanju koje bi trebalo da ima razumno lice koje obavlja funkciju direktora. Sličan kriterijum predlaže i Kij (2001, 334), koji smatra da je pravi trenutak za početak perioda rizika od stečaja onaj kada direktor sazna, ili razumno očekuje, da posledica pravne radnje koju preduzima može biti insolventnost privrednog društva. Kij (2001, 334) znanje direktora povezuje sa preduzimanjem konkretne pravne radnje i potencijalne ekonomske posledice te radnje na privredno društvo.

Napred navedeni objektivni i subjektivni kriterijumi za definisanje početka perioda rizika od stečaja ostavljaju brojne praktične dileme i

nedostatke. Osnovni nedostaci objektivnog kriterijuma su njegova nepreciznost i neprimenjivost, zbog određivanja na veoma apstraktan način, kao i zbog teškoća u utvrđivanju činjenice koja bi trebalo da predstavlja „okidač“ za početak perioda rizika od stečaja. Jedini pokazatelj koji je dovoljno jasno određen je insolventnost, ali vezivanje početka perioda rizika od stečaja za insolventnost je, svakako, prilično „zakasneli trenutak“. Osnovni nedostatak subjektivnog kriterijuma je njegova isključiva zasnovanost na znanju i sposobnostima direktora, iz koje proizilazi mogućnost neadekvatne primene pravila koja važe u periodu rizika od stečaja, zbog široke diskrecione ocene o početku tog perioda.

Srpsko pravo poznaje dva osnovna stečajna razloga, koji su, inače, obuhvaćeni pojmom insolventnosti, onako kako je taj pojam shvaćen u ovom radu: nesposobnost plaćanja i prezaduženost (Zakon o stečaju Republike Srbije,³ član 11, stav 2). Nesposobnost plaćanja može biti trajnija i preteća. Za utvrđivanje postojanja trajnije nesposobnosti plaćanja ZS predviđa dve situacije: 1) ako stečajni dužnik ne može da odgovori svojim novčanim obavezama u roku od 45 dana od dana dospelosti obaveze; 2) ako stečajni dužnik potpuno obustavi sva plaćanja u neprekidnom trajanju od 30 dana (ZS, član 11, stav 3). Po istom zakonu, preteća nesposobnost plaćanja postoji ako stečajni dužnik učini verovatnim da svoje već postojeće novčane obaveze neće moći da ispuni po dospeću, a prezaduženost privrednog društva se konstatuje kada je njegova imovina manja od njegovih obaveza, odnosno kada je njegova neto imovina negativna (ZS, član 11, stav 4 i 5). Naše pravo ne reguliše direktno period rizika od stečaja, pa ni njegov početak ni završetak. Nema konkretnih oznaka njegovog trajanja. No, polazeći od toga da u srpskom pravu ne postoji obaveza pokretanja stečajnog postupka, može se zaključiti da je privredno društvo zasigurno ušlo u period rizika od stečaja kada nastupi insolventnost, odnosno kada se ispuni jedan od dva osnovna stečajna razloga. To znači da privredno društvo, bez obzira na mogućnost pokretanja stečajnog postupka, može (što je, i dalje, čest slučaj) odlučiti da nastavi sa poslovanjem i na neko duže vreme. Ali, kako privredno društvo može odlučiti i da odmah po sticanju uslova podnese predlog za otvaranje stečajnog postupka, a kako to mogu učiniti i poverioci, bilo bi dobro i logično povezivanje početka perioda rizika od stečaja sa nekim prethodnim vremenom ili konkretnim, ranijim trenutkom u vremenu. Koje je to vreme (ili trenutak) nije jednostavno odrediti ni u srpskom pravu. Imajući u vidu da našim tržišnim okruženjem još uvek ne vlada (bar ne u dovoljnoj meri) svest o neophodnosti savesnog i poštenog postupanja na tržištu, koje podrazumeva i blagovremenu reakciju na poslovnu krizu, bez namere nanošenja štete poveriocima, čini se da bilo koji subjektivni

³ Zakon o stečaju – ZS, *Službeni glasnik RS* 104/2009, 99/2011 – dr. zakon, 71/2012 – odluka US, 83/2014, 113/2017, 44/2018 i 95/2018.

kriterijum ne bi bio primenjen na adekvatan način u našem pravu. Određivanjem roka nakon čijeg isteka nastupa trajnija nesposobnost plaćanja, kao i definisanjem pojma prezaduženosti, srpski zakonodavac posredno olakšava utvrđivanje početka perioda rizika od stečaja. Iz toga proizilaze neki mogući objektivni kriterijumi za određivanje početka tog perioda: privremena obustava plaćanja (kraća od 30 dana), zastoje u plaćanju, nemogućnost namirenja novčanih obaveza u roku kraćem od 45 dana od dana dospelosti obaveze, smanjivanje neto imovine društva, mnoštvo još uvek nedospelih obaveza, koje mogu negativno da utiču na likvidnost društva i sl.

Određivanje završetka perioda rizika od stečaja ne prate tako velike teškoće. Period rizika od stečaja može se okončati na dva osnovna načina: ozdravljenjem privrednog društva i njegovim izlaskom iz poslovne krize ili otvaranjem stečajnog postupka. Ako privredno društvo „ozdravi“, na njega se u nastavku poslovanja primenjuju pravila kompanijskog prava. Za nas to znači da se nakon „ozdravljenja“ na lica sa posebnim dužnostima ponovo primenjuje opšti pravni režim posebnih dužnosti. Ako privredno društvo ne prevaziđe krizu i ako, ipak, dođe do otvaranja stečaja, nastupa i pravna posledica prestanka ovlašćenja organa i zastupnika društva (ZS, član 74, stav 1), što znači da lica sa posebnim dužnostima gube status iz kojeg proizilaze te dužnosti, pa nema ni mesta njihovoj primeni. Eventualno postojanje posebnih dužnosti stečajnog upravnika posebno je pitanje, koje prevazilazi temu ovog rada.

3.2. Specifičnosti perioda rizika od stečaja

Period rizika od stečaja već neko vreme je u centru interesovanja pravne teorije kompanijskog prava. Ovo interesovanje bilo je posebno izraženo tokom trajanja globalne finansijske krize, a ono ne jenjava ni nakon njenog okončanja. O značaju perioda rizika od stečaja svedoči i činjenica da je radna grupa organizacije UNCITRAL, koja se bavi stečajnim pravom, posebnu pažnju posvetila upravo tom periodu poslovanja privrednog društva i dužnostima direktora u tom periodu.

Period rizika od stečaja ima nekoliko važnih osobenosti. Na prvom mestu, ističe se da u tom periodu članovi privrednog društva više nisu najznačajniji nosioci interesa u vezi sa poslovanjem društva, već da početkom tog perioda tu ulogu preuzimaju poverioci (Davies 2006, 306; Ribstein, Alces 2007, 531; Keay 2003, 668–669; Gerner-Beuerle, Paech, Schuster 2013, 208; Eidenmüller 2006, 242–243). Objašnjenjem navedene konstatacije posebno se bavila tzv. pravno-ekonomska škola misli (škola ekonomske analize prava), koja naglašava da u tom periodu poslovanja preostala imovina privrednog društva suštinski, u ekonomskom smislu, pripada poveriocima. Naime, kako se imovina privrednog društva smanjuje, tako se smanjuje i interes članova privrednog društva u vezi

sa tom imovinom, jer ona (imovina koja je preostala) ne može biti iskorišćena za isplatu dividendi članovima društva, već jedino za namirenje potraživanja poverilaca prema društvu. U pravnoj literaturi poslednjih godina osnovni problem vezan za taj period poslovanja privrednog društva proizilazi upravo iz napred navedene činjenice o promeni osnovnog i najznačajnijeg nosioca interesa (Davies 2006, 306; Ribstein, Alces 2007, 531; Keay 2003, 668–669). Posledica te promene je težnja uprave privrednog društva, onda kada je ona pod snažnim uticajem vlasnika (što je veoma izraženo u malim i srednjim društvima), da preduzima veoma rizične poslove, to jest poslove koji imaju male izgleda za uspeh, ali koji potencijalno mogu doneti veliku korist i izbavljenje iz krize privrednom društvu. Rizik takvih poduhvata suštinski snose samo poverioci, jer su članovi društva u trenutku preduzimanja tih poslova već izgubili mogućnost ostvarenja svog osnovnog ekonomskog interesa u vezi sa poslovanjem društva (dobit, dividendu), pri čemu korist od eventualnog uspeha posla imaju prvenstveno članovi. Proizilazi da kompanijskoppravna misao stavlja u prvi plan, ističe kao najveći problem vezan za period rizika od stečaja, zaštitu poverilaca od suviše rizičnih poslovnih poduhvata uprave društva.

Ali, to svakako nije jedino pitanje koje je vredno pažnje u vezi sa periodom rizika od stečaja. U tom periodu poslovanja više nego u bilo kojem drugom postoji potreba za snažnim, sposobnim, prilagodljivim, efikasnim menadžmentom (UNCITRAL 2013, 5). Iako otvaranje stečaja, pa čak ni gašenje privrednog društva, ne moraju da budu sami po sebi loši, tokom perioda rizika od stečaja neophodno je učiniti sve napore u realnom pokušaju da do stečaja, ipak, ne dođe. Ključnu ulogu u tom pokušaju imaju članovi uprave društva, i to prvenstveno direktori. Zato, osim zaštite interesa poverilaca, ne smeju biti zanemareni ni interes privrednog društva ni interesi drugih stejkholdera, a na prvom mestu zaposlenih, kojima radni odnos prestaje po sili zakona otvaranjem stečaja.

Postoje različiti pravni mehanizmi kojima se nastoje pomiriti suprotstavljeni interesi koji postoje između različitih stejkholdera u periodu rizika od stečaja. Takvo balansiranje između različitih interesa nije nepoznanica u kompanijskom pravu, a celokupno korporativno upravljanje se zasniva upravo na usklađivanju interesa različitih lica koja utiču na poslovanje privrednog društva. U uporednom pravu se koriste sledeći mehanizmi za pravno regulisanje perioda rizika od stečaja: 1) nametanje obaveze pokretanja stečajnog postupka kada nastane stečajni razlog, u zakonom određenom, obično ne dugom roku nakon nastupanja stečajnog razloga; 2) promena objekta posebnih dužnosti i ustanovljavanje posebnih dužnosti prema poveriocima; 3) uređenje posebnog pravnog instituta nesavesnog poslovanja (eng. *wrongful trading*), koji podrazumeva obavezu uprave privrednog društva da prestane sa poslovanjem od trenutka

kada nastupanje stečajja postaje neizbežno (Gerner-Beuerle, Paech, Schuster 2013, 210–211).

Srpsko pravo ne poznaje nijedan od napred navedenih mehanizama, koji se, na različite načine, odnose na period rizika od stečajja. U nastavku rada bavićemo se pitanjem primene instituta posebnih dužnosti prema privrednom društvu u periodu rizika od stečajja, odnosno pitanjem *da li i na koji način* taj institut može da doprinese uspostavljanju ravnoteže između različitih stejkholdera i rešavanju ili ublažavanju problema i pitanja karakterističnih za taj period poslovanja.

4. KARAKTERISTIKE I ZNAČAJ POSEBNIH DUŽNOSTI U PERIODU RIZIKA OD STEČAJA

Institut posebnih dužnosti prema privrednom društvu u srpskom pravu, ali i u pravu većine drugih zemalja, istovetno je tretiran u svim periodima poslovanja privrednog društva, znači i u periodu rizika od stečajja. Nepostojanje drugačije pravne regulative nameće pitanje osnovanosti stvaranja iste, odnosno mogućnosti prilagođenog tumačenja i primene postojeće regulative u periodu rizika od stečajja, u skladu sa njegovim osobenostima, o kojima je bilo reči u prethodnom delu rada. U ovom delu rada razmotrićemo osobenosti posebnih dužnosti u periodu rizika od stečajja, i to u pogledu subjekata, objekta, vrsta i odgovornosti.

4.1. Subjekti posebnih dužnosti u periodu rizika od stečajja

Pitanje određivanja subjekata posebnih dužnosti u periodu rizika od stečajja izaziva najmanje nedoumica u vezi sa primenom posebnih dužnosti u tom specifičnom periodu poslovanja. Najznačajniji subjekti posebnih dužnosti mogu se razvrstati na članove privrednog društva i direktore i druga lica koja čine upravu privrednog društva. Primena posebnih dužnosti na ta lica svakako je nužna i u periodu rizika od stečajja, jer je reč o licima koja vrše najveći uticaj na poslovanje privrednog društva, naročito kroz donošenje poslovnih odluka, koje su u tom periodu poslovanja posebno važne i osetljive. I dok nema nikakve dileme da potreba za sužavanjem subjekata dužnosti u periodu rizika od stečajja ne postoji, izvesna dilema postoji u vezi sa potrebom za proširenjem subjekata dužnosti u tom periodu na *de facto* direktore⁴ i direktore iz senke (eng. *shadow directors*).⁵

⁴ *De facto* direktor je lice koje u privrednom društvu, ali i u pravnom prometu (prema trećim licima) istupa kao direktor društva, iako nije izvršen pravno valjan izbor tog lica za direktora (Mihajlović 2018, 82).

⁵ Direktori iz senke su lica koja ne istupaju ni u društvu ni u pravnom prometu kao direktori, ali na neki drugi način ostvaruju značajan uticaj na upravljanje i poslovanje

Iako se rasprava o primeni posebnih dužnosti na *de facto* direktore i direktore iz senke odnosi na sve periode poslovanja privrednog društva, ona je povodom perioda rizika od stečaja nešto intenzivnija i izraženija. S jedne strane, primena posebnih dužnosti na faktičke direktore i direktore iz senke u periodu rizika od stečaja ima smisla jer se time uspostavlja pojačana odgovornost šireg kruga lica za postupke preduzete u tom veoma osetljivom periodu. Posledice radnji, postupaka i odluka mogu biti dalekosežne i često „pogađaju“ brojne stejkholdere, pa je zato opravdano propisati i pojačanu odgovornost, koja se primenjuje na sva lica koja utiču na poslovanje privrednog društva. To proširenje je prihvaćeno u nemačkoj i austrijskoj sudskoj praksi, koje priznaju postojanje posebnih dužnosti faktičkih direktora insolventnog privrednog društva, odnosno društva koje se približava insolventnosti (Gerner-Beuerle, Paech, Schuster 2013, 45, 49). I francuski Trgovački zakonik prihvata to proširenje izričito propisujući odgovornost *de facto* direktora kada je privredno društvo insolventno (Conac, Enriques, Gelter 2007, 509 fn. 70). Njihova odgovornost u tim zemljama obuhvata slučaj neblagovremenog pokretanja stečajnog postupka i slučaj suvišnog, nepromišljenog trošenja sredstava društva u periodu rizika od stečaja. UNCITRAL (2013, 16), takođe, preporučuje primenu posebnih dužnosti i na ona lica koja vrše faktičku kontrolu i obavljaju poslove u nadležnosti direktora. S druge strane, proširenje primene posebnih dužnosti na faktičke direktore i direktore iz senke može negativno uticati na lica koja mogu da pruže nova finansijska sredstva privrednom društvu, koje se nalazi u blizini stečaja (Davies 2006, 312). Tu prvenstveno mislimo na banke, ali i na privredna društva koja zajedno sa privrednim društvom koje je u finansijskoj krizi čine grupu privrednih društava. Ti subjekti finansijsku pomoć privrednom društvu često uslovljavaju uspostavljanjem posebnih upravljačkih i kontrolnih ovlašćenja, zasnovanih na specifičnim ugovornim klauzulama, sadržanim u ugovoru o kreditu, zajmu ili drugom ugovoru, kojim se finansijska pomoć realizuje (Davies 2006, 312). Tim klauzulama se poveriocu iz ugovornog odnosa (banka, društvo „majka“ i sl.) daje pravo da utiče na donošenje ključnih poslovnih odluka ili se dužnik iz ugovora (privredno društvo u krizi) obavezuje da obaveštava poverioca o značajnim poslovnim događajima. Priznavanjem postojanja posebnih dužnosti direktora iz senke stvara se mogućnost da se lica, koja na osnovu navedenih ugovornih klauzula imaju određeni uticaj na poslovanje privrednog društva, smatraju direktorima iz senke, pa nema sumnje da ta lica u tom slučaju ne bi želela da preuzimaju povećani rizik i eventualnu odgovornost za radnje i postupke koje preduzima privredno društvo, koje se nalazi u blizini stečaja. Iako UNCITRAL priznaje potrebu za postojanjem posebnih dužnosti faktičkih direktora i direktora iz senke, ta organizacija prepoznaje i opasnost od primene posebnih duž-

privrednog društva, koji im daje izvestan stepen faktičke kontrole, sličan ovlašćenjima koja obično imaju lica koja su direktori društva (Mihajlović 2018, 83).

nosti na banke i druge institucionalne poverioce, čija uloga može biti presudna u „oživljavanju“ privrednog društva (UNCITRAL 2013, 16). Sve dok je ta uloga samo savetodavna, odnosno sve dok direktori privrednog društva imaju diskreciono pravo da odluče da li će prihvatiti primljeni savet, banke i druge institucionalne poverioce ne treba smatrati subjektima posebnih dužnosti. Oni ne postaju subjekti ni kada nakon njihovog „saveta“ društvo nema veću mogućnost da odstupi od „saveta“ jer bi posledica njegovog neprihvatanja bilo uskraćivanje dalje finansijske podrške (UNCITRAL 2013, 16).

Dobro je poznato da srpsko pravo ne poznaje pojam faktičkog direktora i direktora iz senke, pa tako analizirana dilema o potrebi uspostavljanja posebnih dužnosti faktičkih direktora i direktora iz senke u periodu rizika od stečaja nema veći značaj za srpsko pozitivno kompanijsko pravo.

4.2. Objekat posebnih dužnosti u periodu rizika od stečaja

Pitanje utvrđivanja objekta posebnih dužnosti privlači najviše pažnje u pravnoj literaturi, povodom pravnog režima posebnih dužnosti u periodu rizika od stečaja. To proizilazi iz činjenice da ionako složeno pitanje objekta dužnosti i u redovnom periodu poslovanja, na koje konačan i nedvosmislen odgovor ne postoji već ostaje uvek, manje ili više, nedorečen, „maglovit“, u periodu rizika od stečaja postaje još komplikovanije. Ta konstatacija je zasnovana na nesumnjivo većoj ulozi i značaju poverilaca u tom periodu poslovanja i potrebi da ta uloga i značaj budu, na neki način, priznati kroz proširenje ili promenu objekta posebnih dužnosti u periodu rizika od stečaja.

Nacionalna zakonodavstva se, po pitanju promene ili proširenja objekta posebnih dužnosti u periodu rizika od stečaja, mogu podeliti u dve grupe, u skladu sa tradicionalnom podelom na dva velika pravna sistema (anglosaksonski i kontinentalni). U pravnoj literaturi se čak navodi da je osnovna razlika između dva velika pravna sistema, povodom pitanja zaštite poverilaca, upravo u tome što zemlje kontinentalnoevropske pravne tradicije poznaju pravila o minimalnom osnovnom kapitalu, kao najznačajnijem sredstvu zaštite poverilaca, dok zemlje koje pripadaju anglosaksonskom pravnom krugu umesto tih pravila prihvataju postojanje posebnih dužnosti prema poveriocima u periodu rizika od stečaja (Spindler 2006, 344).

Zemlje anglosaksonskog prava (Velika Britanija, Republika Irska, Australija, Kanada, Kipar itd.), znači, prihvataju izvesnu promenu, odnosno proširenje objekta posebnih dužnosti u periodu rizika od stečaja (Keay 2015, 144). U tim zemljama su inače dužnosti prema poveriocima posebno razvijene, a njihova sadržina, intenzitet i obim predmet su dugotrajnih naučnih rasprava. Među zemljama anglosaksonskog prava,

povodom analiziranog pitanja, poseban značaj se pridaje britanskom pravu, u kojem je kompanijskim zakonom (Zakon o kompanijama Velike Britanije,⁶ član 172, stav 3) izričito priznata potreba da se u periodu rizika od stečaja uzimaju u obzir interesi poverilaca. Izvesna promena u definiciji objekta posebnih dužnosti, kada su u pitanju države članice Evropske unije (EU), koje su bile predmet analize Studije Londonske škole za ekonomiju i političke nauke o dužnostima i odgovornostima direktora, uočljiva je i u pojedinim zemljama koje ne pripadaju anglosaksonskoj pravnoj tradiciji, poput Danske, Estonije, Letonije i Mađarske (Gerner-Beuerle, Paech, Schuster 2013, 212). UNCITRAL (2013, 13), takođe, prihvata promenu objekta dužnosti, time što u svom zakonodavnom vodiču predlaže pravilo kojim se predviđa „uzimanje u obzir“ (eng. *due regard*) interesa poverilaca i drugih stejkholdera u periodu rizika od stečaja.

Drugu grupu zemalja čine prvenstveno zemlje kontinentalnoevropske pravne tradicije, koje ne prihvataju promenu ili proširenje objekta posebnih dužnosti u periodu rizika od stečaja (Nemačka, Francuska, Italija, Španija, Portugalija, Luksemburg itd.) (Gerner-Beuerle, Paech, Schuster 2013, 212). No, neprihvatanje promene objekta posebnih dužnosti u periodu rizika od stečaja u zemljama civilnog prava ne znači da su interesi poverilaca u tom periodu poslovanja u tim zemljama zanemareni. Već je rečeno da postoje različiti pravni mehanizmi, koji služe rešavanju problema i pitanja karakterističnih za period rizika od stečaja, a većina evropskih zemalja u svojim nacionalnim pravima poznaje neki od tih mehanizama (jedan ili više njih istovremeno). Međutim, čak i kada ne postoji bilo kakva promena u pravnoj regulativi posebnih dužnosti, institut posebnih dužnosti, sam po sebi, svojom suštinom, doprinosi kvalitetnijoj zaštiti poverilaca (ali i drugih stejkholdera, prvenstveno zaposlenih) u periodu rizika od stečaja. Naime, u tom periodu poslovanja interesi poverilaca i drugih stejkholdera postaju važniji, prioritetniji, nego što je to slučaj u drugim periodima poslovanja, pa, stoga, lakše i očiglednije postaju objekat posebnih dužnosti, odnosno sastavni deo pojma „interes privrednog društva“, koji je uvek primarni objekat posebnih dužnosti. „Interes privrednog društva“ u periodu rizika od stečaja nesumnjivo u većoj meri nego u drugim periodima poslovanja podrazumeva interese poverilaca i drugih stejkholdera (koji se izričito pominju u vodiču organizacije UNCITRAL, 2013, 12).

Na ovom mestu valja napomenuti da je moguća promena zakonodavnog pristupa država članica EU koje ne prihvataju promenu ili proširenje objekta posebnih dužnosti u periodu rizika od stečaja, nakon implementacije odredbe člana 19 nove Direktive EU o restrukturiranju i insolventnosti,⁷ kojom se propisuje obaveza država članica EU da osigu-

⁶ Zakon o kompanijama Velike Britanije iz 2006. godine (Companies Act 2006 – SA).

⁷ Directive (EU) 2019/1023 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on preventive restructuring frameworks, on discharge of debt and disqualifica-

raju da, kada postoji verovatnoća da će nastupiti insolventnost, direktori uzimaju u obzir ne samo interese članova već i interese poverilaca i drugih stejkholdera.⁸

Američko pravo u pogledu promene objekta posebnih dužnosti u periodu rizika od stečaja nije sasvim, odnosno precizno opredeljeno, naročito zbog činjenice da je objekat različito definisan u različitim saveznm državama (Curry, Schorer 2016, 185–189). Ali, važno je napomenuti da je najznačajniji slučaj po ovom pitanju slučaj *Credit Lyonnaais Bank Nederland*, u kojem je Vrhovni sud Delavera zauzeo stav da je objekat posebnih dužnosti „zajednica različitih nosilaca interesa“ (eng. *community of interest*) (Dionne 2007, 195). Navedeni slučaj očigledno približava američko pravo, barem kada je reč o Delaveru, drugoj grupi zemalja. Slično stanovište zastupa i Kij (2005, 634), koji predlaže da se prilikom utvrđivanja objekta posebnih dužnosti u periodu rizika od stečaja pođe od pristupa, koji promovise „maksimizaciju entiteta“ (eng. *entity maximization approach*). Kada govorimo o američkom pravu, ne smemo zanemariti ni činjenicu da pojedine države (npr. Njujork) prihvataju drugačiji pristup i ustanovljenje dužnosti samo prema poveriocima, mada retke su one koje ustanovljenje ovih dužnosti vezuju za ulazak u „zonu insolventnosti“, već uglavnom za trenutak kada privredno društvo postane faktički insolventno (Curry, Schorer 2016, 187–189).

Ono što je zajedničko i za jednu i za drugu grupu zemalja, bez obzira na to da li neka zemlja priznaje direktno, neposredno ili samo posredno interes poverilaca kao relevantan u periodu rizika od stečaja, je nepostojanje jedinstvenog stava o tome kako bi ostvarivanje tog interesa u praksi trebalo sprovesti. Osnovna dilema svodi se na sledeće: da li interesi poverilaca postaju primarni, prvenstveni, prioritetni, ili interesi te grupe stejkholdera u tom periodu poslovanja postaju izjednačeni sa interesima članova privrednog društva, inače (u drugim periodima) najznačajnijim nosiocima interesa, odnosno da li interesi poverilaca (p)ostaju samo jedan od više različitih nosilaca interesa, koji su objekat posebnih dužnosti. Čini se da nigde nije prihvaćeno pravilo koje postavlja interese poverilaca na prvo mesto, ispred svih ostalih interesa u periodu rizika od stečaja. To nas dovodi do zaključka da, praktično posmatrano, razlike između dva analizirana pristupa nisu velike, jer i jedan i drugi podrazumevaju „uzimanje u obzir“ interesa poverilaca, pri čemu interesi drugih stejkholdera nipošto ne smeju biti zanemareni. U kojoj meri će biti uspostavljena pravilna i pravična ravnoteža između različitih interesa zavisi od procene lica koja su subjekti posebnih dužnosti u svakoj konkretnoj

tions, and on measures to increase the efficiency of procedures concerning restructuring, insolvency and discharge of debt, and amending Directive (EU) 2017/1132, OJ L 172/18, 26/6/2019.

⁸ Rok za implementaciju Direktive EU o restrukturiranju i insolventnosti je 17. jul 2021. godine (Direktiva EU o restrukturiranju i insolventnosti, član 34, stav 1).

faktičkoj situaciji, odnosno suda, koji procenjuje postojanje povrede posebne dužnosti u konkretnom slučaju. Ovde valja pomenuti i činjenicu da ni interesi poverilaca nisu homogeni, jedinstveni, već da i među njima postoje brojne, značajne razlike, koje nameću uspostavljanje ravnoteže ne samo između različitih stejkholdera već i između različitih užih grupa, koje postoje među stejkholderima. Tako među poveriocima razlikujemo prvenstveno obezbeđene i neobezbeđene poverioce, poverioce sa dugoročnim i poverioce sa kratkoročnim potraživanjima, institucionalne poverioce, koji obično koriste različite i vrlo efikasne mehanizme zaštite svojih potraživanja, i poverioce koji nemaju značajniju ekonomsku moć, poslovne partnere i poverioce čije potraživanje proizilazi iz vanugovorne (deliktne) odgovornosti dužnika (privrednog društva u blizini stečaja) itd. (videti Keay 2005, 629–633). Među različitim grupama poverilaca čini se da prioritet uvek treba dati onim poveriocima koji nemaju razvijene mehanizme zaštite i sredstva obezbeđenja (isto i Davies 2006, 307).

Srpsko pravo na jedinstven način reguliše pitanje objekta posebnih dužnosti u svim periodima poslovanja privrednog društva. Objekat posebnih dužnosti, kao i u većini zemalja članica EU, jeste privredno društvo. To znači da se pojam „interes privrednog društva“ i u srpskom pravu menja, prilagođava okolnostima u kojima se privredno društvo nalazi, odnosno periodu poslovanja. Za srpsko pravo može biti relevantan tzv. progresivni pristup pitanju objekta posebnih dužnosti, koji predlaže Kij (2015, 159). Prema tom pristupu, u redovnom periodu poslovanja prioritet imaju interesi članova, na početku perioda rizika od stečaja (dok je društvo solventno) podjednak značaj se pridaje interesima članova i poverilaca, dok u odmaklom periodu rizika od stečaja (kada je društvo insolventno, a stečaj nije otvoren niti je podnet predlog za otvaranje stečaja) na prvo mesto stupaju interesi poverilaca (Keay 2015, 159).

4.3. Vrste posebnih dužnosti u periodu rizika od stečaja

Sve poslovne odluke koje uprava privrednog društva i druga lica koja imaju odlučujući uticaj na poslovanje privrednog društva donose u periodu rizika od stečaja mogu se podeliti na one čiji je cilj rešavanje nastale poslovne krize (pronalaženjem načina za prevazilaženje krize ili prihvatanjem činjenice da je kriza nepremostiva prepreka za nastavak normalnog poslovanja privrednog društva) i na brojne, pojedinačne poslovne odluke koje se odnose kako na svakodnevno poslovanje privrednog društva, i koje se inače donose i u drugim periodima poslovanja (na primer, zaključivanje ugovora sa poslovnim partnerima, odluke u vezi sa radnim odnosima zaposlenih, formiranje cena proizvoda na tržištu itd.), tako i na realizovanje donetih strateških odluka. Vodeći se veoma sličnom logikom, Pol Dejvis (Paul Davies) (2006, 303) sve poslovne odluke koje se donose u tom periodu poslovanja deli na strateške i pojedinačne,

konkretne. Ta podela je značajna za način primene dve osnovne vrste posebnih dužnosti prema privrednom društvu u tom periodu poslovanja. Dužnost pažnje ima presudan značaj za donošenje strateške odluke o načinu rešavanja poslovne krize, dok primena pojedinih oblika ispoljavanja dužnosti lojalnosti može biti značajna za donošenje brojnih, pojedinačnih poslovnih odluka.

4.3.1. Dužnost pažnje u periodu rizika od stečaja

Dužnost pažnje kao najznačajniji kriterijum procenjivanja ispravnosti poslovnih odluka, prvenstveno direktora privrednog društva, jeste pravni standard, čija se primena, kao i svakog drugog pravnog standarda, prilagođava okolnostima konkretnog slučaja. Prilagodljivost, fleksibilnost i donekle promenljivo značenje te dužnosti vode nas do pitanja na kojim način tu dužnost treba primeniti u vezi sa jednom od najznačajnijih odluka koja se donosi u periodu rizika od stečaja, a to je odluka kako i na koji način izaći iz tog perioda, odnosno poslovne krize.

Nekoliko je mogućnosti: 1) nastavak poslovanja i rešavanje poslovne krize bez sprovođenja bilo kakvog postupka formalne prirode, preuređivanjem odnosa sa poveriocima, pronalaženjem novih načina finansiranja kompanije, privlačenjem novog, „svežeg“ kapitala i sl.; 2) nastavak poslovanja i pokušaj „spasavanja“ privrednog društva u nekom od zakonom predviđenih postupaka, a u srpskom pravu su to podnošenje predloga za otvaranje stečaja sa unapred pripremljenim planom reorganizacije i pokretanje postupka sporazumnog finansijskog restrukturiranja; 3) prekid poslovanja i otvaranje stečajnog postupka, koji će, osim ako poverioci ne odluče drugačije, biti okončan bankrotstvom ili prodajom stečajnog dužnika kao pravnog lica (slično i Radović 2017, 31–33).

U pravnim sistemima koji poznaju pravilo poslovne procene (eng. *business judgment rule*) osnovno pitanje koje se postavlja prilikom ocene odluke direktora o načinu rešavanja poslovne krize u periodu rizika od stečaja jeste da li to pravilo, koje u velikoj meri štiti interese direktora i njegovu diskrecionu ocenu, važi na isti način i tokom tog specifičnog perioda poslovanja, odnosno da li se na odluku direktora o rešavanju poslovne krize ograničava njegova primena. U pravu američke savezne države Delaver, u čijoj sudskoj praksi je pravilo poslovne procene razvijeno, nema dileme da se na odluke direktora donete u periodu rizika od stečaja, takođe, na isti način kao i u drugim periodima poslovanja, primenjuje to pravilo (Curry, Schorer 2016, 186; Dionne 2007, 189; Ribstein, Alces 2007, 541). Gerald Spindler (Gerald Spindler) (2006, 352) predlaže, međutim, da se povodom pitanja primene pravila poslovne procene napravi razlika, s jedne strane, između malih i srednjih privrednih društava, koja najčešće predstavljaju zatvorene forme privrednih društava i u kojima je uticaj vlasnika društva na poslovanje veoma izražen, te da se

na njih, upravo zbog intenziteta i eventualnih negativnih posledica navedenog uticaja, primeni pravilo poslovne procene nešto slabijeg intenziteta, a s druge strane, kada je reč o velikim privrednim društvima u kojima menadžment često nije pod uticajem vlasnika kompanije, nema prepreke, prema Spindlerovom mišljenju (2006, 352), da se to pravilo primeni na istovetan način kao i u ostalim periodima poslovanja privrednog društva.

Iako srpsko pravo ne poznaje pravilo poslovne procene na način na koji je ono određeno u američkom pravu (videti Cebriá 2018, 43–48; Vasiljević 2011, 32–35), način primene tog pravila u uporednom pravu u periodu rizika od stečaja važan je u traženju odgovora na, i za naše pravo, značajno pitanje: da li primena dužnosti pažnje u tom periodu poslovanja treba da bude stroža, istovetna ili blaža u odnosu na redovni period poslovanja? Kao primer strože primene dužnosti pažnje u uporednom pravu možemo navesti dansko pravo, koje od lica sa posebnim dužnostima zahteva da ispolje pojačani stepen pažnje u periodu rizika od stečaja (Gerner-Beuerle, Paech, Schuster 2013, 213). Primena dužnosti pažnje trebalo bi, po našem mišljenju, da bude stroža i u srpskom pravu, odnosno od direktora bi trebalo očekivati „nešto veći“ stepen pažnje tokom trajanja perioda rizika od stečaja.⁹ Nekoliko je razloga za to. Prvi, srpsko pravo ne poznaje nijedan od pravnih mehanizama za rešavanje problema i pitanja karakterističnih za period rizika od stečaja, pa bi zato pojačana dužnost pažnje, na neki način, barem delimično, mogla da nadomesti nedostatak tih mehanizama. Drugi, u tom periodu poslovanja privrednom društvu je zaista potreban snažan, prilagodljiv, efikasan menadžment, mnogo više nego što je to slučaj u drugim periodima poslovanja. Treći, pojačana dužnost pažnje, na neki način, rešava sve nedoumice kojima se pravna teorija kompanijskog prava godinama bavi, a koje se odnose na već pomenuta i delimično analizirana pitanja prioriteta poverilaca ili balansiranja interesa poverilaca, članova i privrednog društva, odnosno prihvatanja nekog novog, inovativnog, ali svakako komplikovanog za primenu, rešenja (kao što je, na primer, Kijov princip maksimizacije entiteta).

Pojačana dužnost pažnje zahteva od direktora da uloži maksimalan napor da pronade najbolje moguće rešenje za privredno društvo, uvažavajući u određenoj meri pomenuti progresivni pristup pitanju objekta posebnih dužnosti u periodu rizika od stečaja, koji se zasniva na premisi „što je privredno društvo bliže stečaju, interesi poverilaca treba da imaju sve veću ulogu“ (Keay 2015, 159). Pojačana dužnost pažnje suštinski znači da se od direktora u periodu rizika od stečaja očekuje pojačana, dodatna obazrivost, opreznost, pažljiva analiza svake mogućnosti za dalji razvoj privrednog društva, ali i veća efikasnost i brže donošenje odluka nego inače. Ona znači i to da direktori nikako ne smeju da preduzimaju previše

⁹ O „očiglednoj potrebi pojačane pažnje direktora“ govori i Tatjana Jevremović Petrović (2011, 133).

rizične projekte, to jest one projekte u kojima postoji velika nesrazmera između potencijalne dobiti i mogućnosti ostvarivanja te dobiti (mala verovatnoća uspeha, velika dobit). S druge strane, pojačana dužnost pažnje ne sme da znači i безусловnu odgovornost direktora za negativne posledice donete odluke, ako je odluku doneo razumno verujući da je ona u interesu privrednog društva. Prevelika strogost mogla bi da utiče na prerano oduzimanje direktora od borbe za opstanak društva i izbor za njih sigurnijeg, bezbednijeg puta, a to je podnošenje predloga za otvaranje stečaja. Iako stečaj nesporno jeste legitimni način prestanka privrednog društva, koji nipošto ne treba izbegavati po svaku cenu jer je to često jedini način za očuvanje preostale imovine privrednog društva i (delimično) namirenje poverilaca društva, uvek treba imati u vidu i da se, iz ekonomskog ugla, ukupna vrednost privrednog društva smanjuje otvaranjem stečaja (smanjuje se tzv. *going concern* vrednost biznisa) (Eidenmüller 2006, 243). Suviše blaga primena dužnosti pažnje dovela bi, pak, do preteranog izbegavanja stečaja, posebno zbog činjenice da u pravnim sistemima, poput srpskog, koji ne poznaju koncept lične uprave, odnosno u kojima otvaranjem stečaja automatski nastupa pravna posledica prestanka ovlašćenja svih organa društva, stečaj praktično znači gubitak posla za direktore i druge članove uprave privrednog društva.

U cilju pronalaženja načina za što efikasnijim donošenjem ispravne strateške odluke o načinu rešavanja poslovne krize, veoma je korisno definisati izvesne principe i procedure koje direktor treba da sledi tokom perioda rizika od stečaja. Taj metod koristi i UNCITRAL (2013, 10–13) u svom zakonodavnom vodiču o dužnostima direktora tokom perioda rizika od stečaja. Čini se da je osnovni princip kojeg direktor privrednog društva treba da se drži kada donosi neku od pomenutih odluka pronalaženje odgovarajuće ravnoteže između preterane obazrivosti i preteranog preuzimanja rizika (isto i Keay 2015, 162). Držeći se osnovnog principa, direktor bi trebalo da sledi i sledeće pojedinačne preporuke (neke od njih sadržane su i u zakonodavnom vodiču organizacije UNCITRAL): odluka mora biti doneta brzo, na samom početku perioda rizika od stečaja, jer ova faza ne sme dugo da traje, a pravovremena reakcija direktora privrednog društva je od suštinskog značaja za rešavanje poslovne krize; prilikom donošenja odluke u obzir treba uzeti interese svih stejkholdera, pri čemu se značaj interesa poverilaca povećava srazmerno povećanju stepena ozbiljnosti finansijske krize privrednog društva; neophodno je da direktor bude adekvatno informisan o svim aspektima poslovanja i mogućim razvojnim šansama privrednog društva, a u tom cilju je dužan da se posavetuje sa što širim krugom lica, koja mu mogu pomoći da odluku donese na pravi način (obaveza prikupljanja informacija i pribavljanja saveta od drugih stručnih lica i inače je jedna od obaveza koje proizilaze iz dužnosti pažnje); u postupak odlučivanja, u meri u kojoj to ne remeti brzinu i efikasnost donošenja odluke, treba da budu uključeni i članovi

privrednog društva, koji o aktuelnoj situaciji treba da budu obavešteni na vanrednoj sednici skupštine društva (i onda kada neto imovina društva nije manja od 50% osnovnog kapitala, odnosno kada ne postoji obaveza sazivanja vanredne skupštine); sednice odbora direktora, ako u društvu postoji taj kolegijalni organ, treba da budu što češće u periodu rizika od stečaja (UNCITRAL 2013, 10–13).

4.3.2. Dužnost lojalnosti u periodu rizika od stečaja

Osim strateške odluke o načinu rešavanja poslovne krize, koja je dovela do nastupanja perioda rizika od stečaja, u tom periodu poslovanja pod posebnom „lupom“ moraju biti i brojne pojedinačne poslovne odluke koje donose lica sa posebnim dužnostima prema privrednom društvu. Osnovni razlog za posebnu kontrolu tih poslovnih odluka i eventualnih pravnih poslova i radnji nastalih kao rezultat tih odluka jeste realna opasnost od zloupotreba. To se, pre svega, odnosi na članove privrednog društva kada imaju svojstvo subjekta posebnih dužnosti, ali i onda kada to svojstvo nemaju a imaju značajan uticaj na članove uprave privrednog društva. Oni mogu zaključivati pravne poslove ili preduzimati pravne radnje usmerene ka prisvajanju preostale imovine privrednog društva, na štetu poverilaca i/ili manjinskih članova društva. Upravo zato pojedini pojavni oblici dužnosti lojalnosti mogu i treba da doprinesu otklanjanju navedene opasnosti i zaštiti interesa poverilaca i manjinskih članova.

Među različitim i brojnim oblicima ispoljavanja dužnosti lojalnosti u uporednom pravu, od kojih su neki pomenuti u prethodnom delu rada, za potrebe ovog rada od naročitog značaja su dva: pravni poslovi sa povezanim licima, odnosno dužnost prijavljivanja poslova i radnji u kojima postoji lični interes (koristimo terminologiju prihvaćenu u srpskom pravu) i zabrana korišćenja imovine privrednog društva, kao jedan vid ispoljavanja dužnosti izbegavanja sukoba interesa. Pravna regulativa poslova i radnji sa povezanim licima od značaja je u periodu rizika od stečaja jer preduzimanjem tih poslova i radnji lica sa dužnostima mogu, na nezakonit način, „izvlačiti“ preostalu imovinu privrednog društva. Isto važi i za korišćenje imovine privrednog društva u interesu lica sa posebnim dužnostima ili sa njima povezanog lica. I u jednom i u drugom slučaju, osnovna procedura, koja je prihvaćena u pravu većine država članica EU, u srpskom pravu, kao i u novoj, izmenjenoj Direktivi EU o pravima akcionara,¹⁰ podrazumeva da ti poslovi i radnje moraju biti najpre prijavljeni nadležnom organu privrednog društva, a nakon toga je neophodno da se dobije odobrenje za iste, a u nekim slučajevima se zahteva i objavljivanje posla.

¹⁰ Directive (EU) 2017/828 of the European Parliament and of the Council of 17 May 2017 amending Directive 2007/36/EC as regards the encouragement of long-term shareholder engagement, OJ L 132/1, 20/5/2017.

I pored toga što srpska regulativa poslova i radnji sa ličnim interesom ima brojne mane (videti Mihajlović 2018a, 65–66), koje prevazilaze temu ovog rada, treba istaći da, barem u periodu rizika od stečaja, te mane ne bi trebalo da proizvedu negativne posledice po interese privrednog društva, članova, poverilaca i drugih stejkholdera u privrednom društvu. Veoma je važno i opravdano postojanje instituta pobijanja pravnih radnji stečajnog dužnika, kojim je u srpskom pravu obuhvaćeno mnoštvo poslova i radnji, kao i faktičkih situacija, u kojima postoji opasnost da tokom perioda rizika od stečaja lica sa posebnim dužnostima pokušaju da nezakonito prisvoje imovinu društva (ZS, čl. 119–130). Ali, to ne znači da dužnost lojalnosti nema poseban značaj u tom periodu poslovanja. Naprotiv, dužnost lojalnosti je značajan *ex ante* pravni mehanizam, koji nametanjem obaveze prijavljivanja određenih poslova i radnji odvraća lica sa dužnostima od preduzimanja tih poslova i radnji. Pobijanje pravnih radnji stečajnog dužnika, s druge strane, predstavlja *ex post* mehanizam, koji se aktivira tek nakon što je sporan posao zaključen ili radnja preduzeta, a čijom primenom se ostvaruje mogućnost da imovina koja je bila predmet posla ili radnje postane deo stečajne mase.

4.4. Odgovornost za povredu posebnih dužnosti u periodu rizika od stečaja

Već je rečeno da je sudska primena instituta posebnih dužnosti nezadovoljavajuća u gotovo svim pravnim sistemima, odnosno da je broj podnetih tužbi za povredu posebnih dužnosti neznatan i nedovoljan. Ta opšta ocena odnosi se i na primenu tog instituta povodom povreda posebnih dužnosti, nastalih tokom trajanja perioda rizika od stečaja. Iako je gotovo nesporno i opšte prihvaćeno da na efikasniju i učestaliju primenu posebnih dužnosti u sudskoj praksi, utiču brojni faktori, među kojima pravna regulativa ovog instituta predstavlja samo jedan faktor (verovatno nepresudan), nameće se potreba i za analizom tri pitanja koja izazivaju dileme u vezi sa sudsom primenom pravila o posebnim dužnostima za slučaj povrede posebnih dužnosti tokom perioda rizika od stečaja. To su sledeća pitanja: 1) koji su oblici odgovornosti za povredu posebnih dužnosti u periodu rizika od stečaja; 2) ko je aktivno legitimisan (primarno i derivativno) za podnošenje tužbe i 3) ima li razlike u ostvarivanju prava na podnošenje tužbe zavisno od činjenice da li je nakon povrede stečajni postupak otvoren ili nije?

4.4.1. Oblici odgovornosti za povredu posebnih dužnosti u periodu rizika od stečaja

Iako je imovinska odgovornost najznačajniji oblik odgovornosti lica sa posebnim dužnostima, statusna i krivična odgovornost, kao dva

druga oblika odgovornosti, imaju nešto veći značaj u slučaju povrede posebnih dužnosti u periodu rizika od stečaja.

Naknada štete je najznačajniji vid imovinske odgovornosti za povredu posebnih dužnosti i u ovom periodu poslovanja. U vezi sa korišćenjem tog pravnog sredstva u periodu „pretećeg stečaja“, kao posebno značajno izdvaja se pitanje načina obračuna iznosa naknade, a u nekoj meri može da bude sporno i u čiju korist se ustanovljava pravo na naknadu štete. Prema zakonodavnom vodiču organizacije UNCITRAL (2013, 20–21), postoji nekoliko načina obračuna naknade štete koja je rezultat povrede posebnih dužnosti u periodu rizika od stečaja: a) utvrđivanje razlike između vrednosti privrednog društva u trenutku kada je ono trebalo da prestane sa poslovanjem i vrednosti društva u trenutku kada je ono zaista, faktički prestalo sa poslovanjem; b) utvrđivanje razlike između materijalnog položaja poverilaca za slučaj da nije bilo konkretne povrede posebnih dužnosti i položaja u kojem bi se oni nalazili da se ista nije dogodila; v) utvrđivanje razlike između dugova privrednog društva i raspoloživih sredstava društva (faktički se svodi na obavezu lica koje je povredilo posebne dužnosti da „pokrije“ dugove društva). Sve tri mogućnosti ukazuju na to da se naknada štete duguje prvenstveno privrednom društvu, odnosno da ona postaje deo stečajne mase, ako je društvo u stečaju, a da poverioci, imaju (samo) indirektnu korist od te naknade. Drugačija je faktička situacija ako bi poverilac primenom pravila o deliktnoj odgovornosti mogao da dokaže postojanje štete koja je njemu direktno naneta i koja u tom slučaju sledstveno pripada njegovoj ličnoj imovini. Jedan specijalan slučaj direktne odgovornosti direktora i članova nadzornog odbora društva sa ograničenom odgovornošću prema poveriocima društva poznaje srpski ZPD u čl. 184. Tim članom zakona propisano je da je direktor, kao i član nadzornog odbora, kojem je poznato da je u periodu između kraja prethodne poslovne godine i dana donošenja odluke skupštine o usvajanju godišnjih finansijskih izveštaja imovinsko stanje društva zbog gubitaka ili smanjenja vrednosti osnovnog kapitala značajno i ne samo privremeno pogoršano, dužan da o tome obavesti skupštinu, koja je po prijemu takvog obaveštenja u obavezi da iz raspodele dobiti isključi dobit u visini nastalog smanjenja imovine društva (ZPD, član 184, stav 2). Direktor ili član nadzornog odbora koji ne postupi u skladu sa obavezom obaveštavanja skupštine odgovoran je članovima i *poveriocima* društva za štetu koja nastane usled izvršene raspodele dobiti (ZPD, član 184, stav 3).

Statusna odgovornost za povredu posebnih dužnosti ispoljava se kao razrešenje ili otkaz ugovora o radu licu sa dužnostima koje je zaposleno u društvu, ali i kao neka od mera koje mogu da imaju dugoročne negativne posledice na buduću poslovnu karijeru lica sa posebnim dužnostima. Poseban značaj za povredu dužnosti u periodu rizika od stečaja ima institut diskvalifikacije direktora (Reker 2014, 145–146), koji je na-

ročito razvijen u britanskom pravu, a odskoro je (nakon izmena ZPD iz oktobra 2018. godine) postao i deo regulative koja se odnosi na dužnost prijavljivanja poslova i radnji sa ličnim interesom u srpskom pravu. Diskvalifikacijom se licu koje upravlja privrednim društvom (neposredno ili posredno) zabranjuje da obavlja iste ili slične poslove na tržištu u određenom, zakonom definisanom, vremenskom periodu (videti Radović 2010, 27–28). Britanska praksa pokazuje da taj institut često nalazi primenu upravo povodom povreda posebnih dužnosti u „pretećem stečaju“ (Radović 2010, 30, 42–44). To je razumljivo, jer se diskvalifikacija primenjuje samo u slučajevima ozbiljnih povreda posebnih dužnosti, koje su rezultat nesavesnog, nepoštenog, nemarnog ili nestručnog ponašanja lica sa dužnostima, kao i slučajevima kada su posledice opisanih ponašanja tih lica izuzetno negativne po društvo (što je gotovo uvek slučaj usled povrede dužnosti u „pretećem stečaju“).

Napred je rečeno da srpsko pravo uvodi institut diskvalifikacije samo za slučaj povrede dužnosti prijavljivanja poslova i radnji u kojima postoji lični interes. Diskvalifikacija se ne odnosi na sva lica sa posebnim dužnostima već samo na direktore, članove nadzornog odbora, zastupnike i prokuriste (ZPD, član 67, stav 2). Izvan tog kruga subjekata zabrane ostaju članovi privrednog društva, što može negativno da utiče na značaj sankcije diskvalifikacije u periodu rizika od stečaja. Za slučaj utvrđivanja postojanja povrede dužnosti prijavljivanja poslova i radnji sa ličnim interesom srpsko pravo propisuje obaveznu diskvalifikaciju. Iz toga proizilazi da sud nema diskreciono pravo da ocenjuje opravdanost nametanja sankcije diskvalifikacije ako prethodno utvrdi da je došlo do povrede dužnosti prijavljivanja. Sadržina te sankcije sastoji se u privremenom ograničenju vršenja funkcije direktora, članova nadzornog odbora, zastupnika i prokurista (ZPD, član 67, stav 2). Zabrana traje 12 meseci (sud ne može određivati ni kraći ni duži rok trajanja zabrane). ZPD uvodi i Centralnu evidenciju privremenih ograničenja prava lica registrovanih u Agenciji za privredne registre, u koju se upisuju sve odluke o diskvalifikaciji (ZPD, član 67, stav 3). Postojanje i te sankcije može pozitivno da utiče na opšti značaj dužnosti prijavljivanja poslova i radnji sa ličnim interesom u periodu rizika od stečaja.

Krivična odgovornost lica sa posebnim dužnostima ima posebnu ulogu i značaj za povrede nastale u periodu rizika od stečaja zbog postojanja određenih krivičnih dela, do čijeg izvršenja najčešće dolazi u tom periodu poslovanja. Krivični zakonik Republike Srbije poznaje nekoliko krivičnih dela koja su značajna za predmet ovog rada: prouzrokovanje stečaja (KZ, čl. 232), prouzrokovanje lažnog stečaja (KZ, čl. 232a) i oštećenje poverilaca (KZ, čl. 233).¹¹

¹¹ Krivični zakonik Republike Srbije – KZ, *Službeni glasnik RS* 85/2005, 88/2005 – ispr., 107/2005 – ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 i 35/2019.

4.4.2. Aktivna legitimacija za podnošenje tužbe za povredu posebnih dužnosti u periodu rizika od stečaja

U redovnom periodu poslovanja aktivnu legitimaciju za podnošenje tužbe za povredu posebnih dužnosti ima privredno društvo, dok članovi privrednog društva, pod zakonom propisanim uslovima, imaju pravo da podnesu derivativnu tužbu. U stečajnom postupku odluku o pokretanju sudskog postupka donosi stečajni upravnik, pa je tako on nadležan za podnošenje tužbe za povredu posebnih dužnosti, kao i za donošenje odluke o daljem toku sudskih postupaka pokrenutih usled povrede posebnih dužnosti pre otvaranja stečaja. Za aktivnu legitimaciju za podnošenje tužbe za povredu posebnih dužnosti tokom perioda rizika od stečaja važe napred izneta pravila, ali se često, kao sporno, postavlja pitanje potrebe omogućavanja ili dodele aktivne legitimacije poveriocima društva, kao grupi stejkholdera, koja u tom periodu ima poseban značaj i radi čije zaštite se u osnovi i posvećuje posebna pažnja periodu „pretećeg stečaja“. U britanskom pravu, koje je najdalje otišlo u značaju, pravnom regulisanju i razvoju posebnih dužnosti u periodu rizika od stečaja, nema dileme da poverioci nisu aktivno legitimisani za podnošenje tužbe (Keay 2015, 146). To znači da u Velikoj Britaniji drugačiji materijalnopравни režim dužnosti u periodu rizika od stečaja nije praćen odgovarajućom procesnopравnom promenom. Postoje i drugačiji odgovori na pitanje aktivne legitimacije. Tako u pravu Delavera, nakon što akcionarsko društvo (ne važi za društvo sa ograničenom odgovornošću) postane insolventno, poverioci stiču pravo na podnošenje derivativne tužbe (ne i individualne) za povredu posebnih dužnosti (Curry, Schorer 2016, 187). U nemačkom pravu, na neki način, poverioci jesu aktivno legitimisani za podnošenje tužbe. Povreda čl. 92, st. 2 nemačkog Zakona o akcionarskim društvima, kojim se zabranjuje vršenje bilo kakvih isplata od strane upravnog odbora društva, nakon što ono postane insolventno, osim ako je određena isplata izvršena u skladu sa standardom pažnje dobrog privrednika, u sudskoj praksi daje pravo poveriocima na podnošenje tužbe protiv članova upravnog odbora, na osnovu vanugovorne odgovornosti (Fleischer 2004, 399–400; Jevremović Petrović 2011, 126).

Podnošenje derivativne tužbe od strane poverilaca praćeno je svim problemima, koji se vezuju za ovu vrstu tužbe i kada istu podnose članovi privrednog društva (troškovi postupka, nepostojanje direktne koristi u slučaju uspeha u sporu). Iz tog razloga ne treba očekivati da bi eventualno propisivanje mogućnosti podnošenja derivativne tužbe od strane poverilaca imalo značajniji uticaj na efikasniju primenu pravila o posebnim dužnostima tokom perioda rizika od stečaja. Interese poverilaca, kroz podnošenje odgovarajuće tužbe od strane privrednog društva, trebalo bi efikasno da štiti stečajni upravnik, koji bi tokom trajanja stečajnog postupka, između ostalog, trebalo da ispita i razloge i uzroke nastupanja stečaja i eventualnu ulogu lica sa posebnim dužnostima u nastajanju ili neotkla-

njanju tih razloga i uzroka. Tako bi došlo do zaštite interesa poverilaca putem povećanja stečajne mase (u slučaju uspeha u sporu) i do (imovinskog) sankcionisanja lica koja su dovela do nastupanja stečaja. Ovo je bez ikakve sumnje rešenje koje je prihvaćeno u srpskom pravu i koje bi trebalo primenjivati i u budućnosti. Poveriocima bi eventualno trebalo priznati pravo na podnošenje derivativne tužbe, pod istim uslovima, koji se zahtevaju za podnošenje te tužbe od strane članova privrednog društva tokom redovnog poslovanja. Ne sme se, pak, zanemariti činjenica da za uvođenje derivativne tužbe poverilaca tokom stečaja ne postoje isti oni argumenti i razlozi, koji nameću priznavanje prava na podnošenje iste članovima društva. Za razliku od redovnog poslovanja, kada direktori, kao zakonski zastupnici, odlučuju o podnošenju tužbe za povredu posebnih dužnosti protiv lica sa kojima su očigledno veoma povezani, takva povezanost između stečajnog upravnika i članova bivše uprave, odnosno vlasnika privrednog društva, u većini slučajeva ne postoji.

4.4.3. Pravo na podnošenje tužbe za povredu posebnih dužnosti u periodu rizika od stečaja i otvaranje stečajnog postupka

Pravo na podnošenje tužbe za povredu posebnih dužnosti u periodu rizika od stečaja, formalnopravno, u pravnim sistemima koji nemaju posebnu regulativu dužnosti u tom periodu poslovanja, ne zavisi od činjenice da li je, nakon povrede, došlo do otvaranja stečajnog postupka. Suštinski, pak, ostvarivanje prava na podnošenje tužbe, odnosno uspeh tužioca u sporu, povezano je i sa time da li je konkretna povreda posebne dužnosti uticala na nastupanje stečaja ili nije. Nema sumnje da će tužilac u sporu zbog povrede posebnih dužnosti u periodu rizika od stečaja imati „lakši zadatak“ ako je sporna radnja lica sa dužnostima doprinela otvaranju stečaja, odnosno finansijskoj propasti privrednog društva. Međutim, čak i kada stečaja nije bilo, pa i onda kada se privredno društvo potpuno finansijski oporavilo nakon poslovne krize, lica koja su svojim nemarnim ili nesavesnim postupcima doprinela toj krizi treba da budu sankcionisana. Posledica njihovih neodgovornih postupanja ne mora da bude samo stečaj već to mogu da budu i narušavanje poslovnog ugleda privrednog društva, trajno narušavanje odnosa sa poveriocima, gubitak poslovnih partnera i potrošača i sl. Zbog svega toga, ne bi trebalo da postoji bilo kakva dilema da formalno vezivanje prava na podnošenje tužbe za pokretanje stečajnog postupka nije celishodno i valjano. Povezivanje prava na podnošenje tužbe sa povredom posebnih dužnosti u periodu rizika od stečaja za otvaranje stečajnog postupka moguće je u pravnim sistemima u kojima postoji posebna pravna regulativa. Čak i tada ne bi trebalo da bude sporno da povreda nekog od pravila iz opšteg pravnog režima posebnih dužnosti nije ni na koji način povezana sa otvaranjem stečajnog postupka.

5. ZAKLJUČAK

Period rizika od stečaja nesumnjivo predstavlja veoma specifičan i značajan period poslovanja privrednog društva. Možda osnovno, a ako ne osnovno, onda svakako polazno pitanje, koje smo i postavili na početku analize instituta posebnih dužnosti u periodu „pretećeg stečaja“, jeste pitanje da li specifičnost i značaj tog perioda poslovanja nameću potrebu za stvaranjem posebne pravne regulative. To pitanje od naročito je značaja u našem pravu jer ono, kao što smo već naglasili, ne poznaje nijedan od značajnih pravnih mehanizama koji postoje u uporednom pravu za regulisanje tog perioda poslovanja. Kako analiza pravnih mehanizama regulisanja instituta nesavesnog poslovanja i uvođenja obaveze pokretanja stečajnog postupka u zakonom određenom roku nakon nastupanja stečajnog razloga prevazilazi okvire ovog rada, ovde ćemo pokušati da damo odgovor na postavljeno pitanje baveći se samo jednim pravnim mehanizmom, koji je i bio predmet ovog rada. Dakle, ima li potrebe za drugačijom pravnom regulativom posebnih dužnosti u periodu rizika od stečaja u srpskom pravu? Iako period rizika od stečaja ima poseban značaj u srpskom tržišnom okruženju zbog činjenice da poverioci često ostaju nenamireni, kao i činjenice da nesavesni vlasnici i direktori privrednih društava često pronalaze različite načine (što dozvoljene, što nedozvoljene) da izbegnu namirenje poverilaca kada nastupi poslovna kriza upravo u tom periodu poslovanja i iako naše pravo ni na koji način ne reguliše direktno taj period poslovanja, naš odgovor na postavljeno pitanje, ipak, je negativan. Tri su osnovna razloga za to. Prvi, posebne dužnosti prema privrednom društvu u srpskom kompanijskom pravu nisu (još uvek) ostvarile svoje osnovne ciljeve postojanja. One, gotovo uopšte, ne postoje u sudskoj praksi, a ne možemo reći ni da je postupanje u skladu sa posebnim dužnostima zaživelo u poslovnoj praksi. To nas navodi na zaključak da bilo koja druga specifična regulativa, takođe, ne bi bila adekvatno primenjena. Drugi (koji proizilazi i povezan je sa prvim razlogom) je taj da stvaranje specifične pravne regulative zahteva pronalaženje odgovora na neka veoma složena pitanja i nameće stvaranje veoma sofisticiranih i za primenu komplikovanih rešenja. Tako, na primer, posebna pravna regulativa podrazumeva da bi, pre svega, trebalo odrediti vremenski okvir perioda rizika od stečaja, način i trenutak promene objekta posebnih dužnosti, definisanje interesa „novog“ objekta dužnosti (što bi verovatno bili poverioci) i sl. Odgovori na ova pitanja nisu na adekvatan način, još uvek, pronađeni ni u pravnoj literaturi ni u zakonodavstvu i praksi zemalja sa dugom tradicijom u oblasti kompanijskog prava, iako su ona predmet dugotrajne analize i interesovanja u tim zemljama. Treći, čak i kada bi ova pravila bila adekvatno osmišljena, njihovo tumačenje i primena bili bi veoma otežani i prepušteni sudovima, koji, barem za sada, nisu spremni da ispune taj zadatak.

Međutim, iznети stav o nepotrebnosti posebne pravne regulative, bar ne u ovom trenutku (promena je moguća nakon implementacije člana 19 Direktive EU o restrukturiranju i insolventnosti), nikako ne znači da posebne dužnosti nemaju nikakav značaj u periodu rizika od stečaja. Naprotiv, priroda i suština ovog instituta nam ukazuju na to da, i bez bilo kakve nove, drugačije pravne regulative, posebne dužnosti prema privrednom društvu mogu da daju značajan doprinos prevazilaženju problema i pitanja karakterističnih za period rizika od stečaja. Kada govorimo o njihovoj prirodi i suštini, mislimo prvenstveno na njihovu prilagodljivost, fleksibilnost, koje omogućavaju njihovo tumačenje i primenu uvek u skladu sa okolnostima slučaja. Nema dileme da je ovakvo specifično tumačenje i primena neophodno upravo u periodu rizika od stečaja. Na ovom mestu možemo uputiti nekoliko preporuka sudovima, koje mogu biti korisne u primeni posebnih dužnosti u tom periodu poslovanja, a neke od njih mogu da predstavljaju i svojevrsna uputstva za ponašanje direktora i drugih lica sa posebnim dužnostima u periodu „pretećeg stečaja“:

- početak perioda rizika od stečaja treba odrediti na osnovu nekog od objektivnih kriterijuma, čije utvrđivanje posredno olakšava srpski zakonodavac određivanjem roka nakon čijeg isteka nastupa trajnija nesposobnost plaćanja, kao i definisanjem pojma prezaduženosti;
- „interes privrednog društva“, kao objekat posebnih dužnosti, treba tumačiti na drugačiji način u periodu rizika od stečaja, i to u skladu sa progresivnim pristupom koji podrazumeva da se značaj interesa poverilaca (ali i drugih stejkholdera, a prvenstveno zaposlenih) srazmerno povećava kako se povećava stepen finansijskih teškoća privrednog društva koje se nalazi u periodu rizika od stečaja;
- od subjekata dužnosti pažnje treba očekivati pojačanu pažnju u periodu rizika od stečaja, odnosno pojačanu obazrivost, opreznost i efikasnost; prilikom procene postupanja u skladu sa standardom dužnosti pažnje sudovi bi zato trebalo da imaju „nešto veća“ očekivanja od subjekata te dužnosti;
- prilikom obračuna naknade štete, koja ostaje najznačajniji vid odgovornosti za povredu posebnih dužnosti i u periodu rizika od stečaja, treba, takođe, imati u vidu specifičnosti tog perioda i uzeti u obzir ekonomske posledice spornog postupka lica sa posebnim dužnostima na materijalni položaj poverilaca, ali i celokupnog privrednog društva.

Osim navedenih preporuka upućenih sudovima, jednu preporuku upućujemo i srpskom zakonodavcu, a u vezi sa jednim od oblika statusne

odgovornosti za povredu posebnih dužnosti. Pored propisivanja sankcije diskvalifikacije za povredu dužnosti prijavljivanja poslova i radnji sa ličnim interesom (u svim periodima poslovanja) smatramo opravdanim uvođenje ove sankcije i za povrede drugih posebnih dužnosti u periodu rizika od stečaja. Ova preporuka je malo odstupanje od iznetog stava o nepotrebnosti posebne pravne regulative posebnih dužnosti u periodu rizika od stečaja. Ali, uvođenje sankcije diskvalifikacije za sve povrede u periodu rizika od stečaja bilo bi u skladu sa savremenim tokovima kompanijskopravne misli u uporednom pravu, kao i svrhom postojanja ove sankcije u drugim pravnim sistemima, koja se najčešće ogleda upravo u sankcionisanju nesavesnih i/ili nemarnih postupanja u periodu „pretećeg stečaja“.

Na kraju, valja još jednom podsetiti na to da period rizika od stečaja zahteva pronalaženje prave mere između potrebe za „izbavljenjem“ privrednog društva i povratkom na put uspešnog, stabilnog i održivog poslovanja i potrebe za zaštitom interesa poverilaca. Neki smatraju da je to zapravo „većiti sukob“ između efikasnosti i pravičnosti, na koji pravo nailazi u vezi sa mnogim institutima, a koji ovoga puta dolazi do izražaja u vezi sa regulativom posebnih dužnosti u periodu rizika od stečaja (Keay 2003, 666). Kojoj vrednosti, odnosno kojem cilju treba dati prvenstvo zavisi ne samo od okolnosti konkretnog slučaja, već i od celokupnog tržišnog okruženja i opštih ciljeva, koji se žele postići kompanijskopravnom regulativom.

LITERATURA (REFERENCES)

- Barondes, Royce de R., Lisa Fairfax, Lawrence A. Hamermesh, Robert Lawless, Jonathan C. Lipson, Russell C. Silberglied. 2007. Twilight in the Zone of Insolvency: Fiduciary Duty and Creditors of Troubled Companies – History & Background. *Journal of Business & Technology Law* 1: 229–255.
- Cebriá, Luis Hernando. 2018. The Spanish and the European Codification of the Business Judgment Rule. *European Company and Financial Law Review* 15: 41–68.
- Conac, Pierre Henri, Luca Enriques, Martin Gelter. 2007. Constraining Dominant Shareholders’ Self-dealing: The Legal Framework in France, Germany, and Italy. *European Company & Financial Law Review* 4: 491–528.
- Curry, David S., Joseph U. Schorer. 2016. The Effects of Business Insolvency on the Duties and Liabilities of Directors and Officers – A Comparative Analysis With Recommendations to Promote Good Decision-Making. 168–218. *Global Insolvency and Bankruptcy*

- Practice for Sustainable Economic Development*, Vol. 2, International Best Practice, eds. Tarek M. Hajjiri, Adrian Cohen. London: Palgrave Macmillan.
- Davies, Paul. 2006. Directors' Creditor Regarding Duties in Respect of Trading Decisions Taken in the Vicinity of Insolvency. *European Business Organization Law Review* 7: 301–337.
- Dionne, Anna Manasco. 2007. Living on the Edge: Fiduciary Duties, Business Judgment and Expensive Uncertainty in the Zone of Insolvency. *Stanford Journal of Law, Business & Finance* 13: 188–225.
- Eidenmüller, Horst. 2006. Trading in Times of Crisis: Formal Insolvency Proceedings, Workouts, and the Incentives for Shareholders/Managers. *European Business Organization Law Review* 7: 239–258.
- Fleischer, Holger. 2005. Legal Transplants in European Company Law – the Case of Fiduciary Duties. *European Company and Financial Law Review* 2: 378–397.
- Fleischer, Holger. 2004. The Responsibilities of the Management and its Enforcement. 373–417, *Reforming Company and Takeover Law in Europe*, eds. Guido Ferrarini, Klaus J. Hopt, Japp Winter, Eddy Wymeersch. Oxford: Oxford University Press.
- Gelter, Martin, Genevieve Helleringer. 2014. Constituency Directors and Corporate Fiduciary Duties. 302–320, *The Philosophical Foundations of Fiduciary Law*, eds. Andrew Gold, Paul Miller. Oxford: Oxford University Press.
- Grundmann, Stefan. 2012. *European Company Law – Organization, Finance, and Capital Markets*. 2nd ed. Cambridge, Portland, Antwerp: Intersentia.
- Hopt, Klaus J. 2013. Conflict of Interest, Secrecy and Insider Information of Directors, a Comparative Analysis. *European Company & Financial Law Review* 10: 167–193.
- Jevremović Petrović, Tatjana. 2011. Odgovornost direktora prema poveriocima društva kome preti stečaj. *Pravni život* 60: 117–135.
- Keay, Andrew. 2015. The Shifting of Directors' Duties in the Vicinity of Insolvency. *International Insolvency Review* 24: 140–164.
- Keay, Andrew. 2005. Formulating a Framework for Directors' Duties to Creditors: an Entity Maximisation Approach. *The Cambridge Law Journal* 64: 614–646.
- Keay, Andrew. 2003. Directors' Duties to Creditors: Contractarian Concerns Relating to Efficiency and Over-Protection of Creditors. *The Modern Law Review* 66: 665–699.

- Keay, Andrew. 2001. The Directors' Duty to Take into Account the Interests of Company Creditors: When Is It Triggered. *Melbourne University Law Review* 25: 315–339.
- Lepetić, Jelena. 2015. *Kompanijskopравни režim sukoba interesa – Dužnost lojalnosti*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Mihajlović, Borko. 2018. Dužnost lojalnosti prema privrednom društvu. Neobjavljen rukopis. Univerzitet u Kragujevcu, Pravni fakultet, april.
- Mihajlović, Borko. 2018a. Promene u pravnom regulisanju dužnosti prijavljivanja poslova i radnji u kojima postoji lični interes. *Glasnik prava* 9: 153–166.
- Pearce II, John A., Ilya A. Lipin. 2011. The Duties of Directors and Officers within the Fuzzy Zone of Insolvency. *American Bankruptcy Institute Law Review* 19: 361–400.
- Purslowe, Ryan. 2011. Decisions in the Twilight Zone of Insolvency – Should Directors be Afforded a New Safe Harbour? *The University of Notre Dame Australia Law Review* 13: 113–152.
- Radović, Vuk. 2017. *Stečajno pravo*, knjiga prva. Beograd: Univerzitet u Beogradu, Pravni fakultet.
- Radović, Vuk. 2010. O opravdanosti prihvatanja instituta diskvalifikacije direktora. *Pravo i privreda* 47: 26–56.
- Reker, Tom. 2014. Unqualified Directors in Insolvency: A Comparative Study on the Desirability of Civil Law Directors' Disqualification in the Netherlands. *International Insolvency Review* 23: 144–169.
- Ribstein, Larry E., Kelli A. Alces. 2007. Directors' Duties in Failing Firms. *Journal of Business & Technology Law* 1: 529–551.
- Sørensen, Karsten Engsig. 2010. Duty of Loyalty of Shareholders – a possible remedy for conflicts in SMEs? 127–170, *Company Law and SMEs*, eds. Mette Neville, Karsten Engsig Sørensen. Copenhagen: Thomson Reuters Professional A/S.
- Spindler, Gerald. 2006. Trading in the Vicinity of Insolvency. *European Business Organization Law Review* 7: 339–352.
- Strine, Leo E. Jr., Lawrence A. Hamermesh, R. Franklin Balloti, Jeffrey M. Gorris. 2010. Loyalty's Core Demand: The Defining Role of Good Faith in Corporation Law. *Georgetown Law Journal* 98: 629–696.
- United Nations Commission on International Trade Law. Working Group V (Insolvency Law). 2013. Directors' obligation in the period approaching insolvency. <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.V/WP.113>, poslednji pristup 17. juna 2019.

Vasiljević, Mirko. 2011. Građansko pravo i *Business Judgment Rule*. *Pravni život* 60: 5–36.

Vasiljević, Mirko. 2004. *Korporativno upravljanje: pravni aspekti*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

Borko Mihajlović, PhD

Assistant Professor

University of Kragujevac Faculty of Law

SPECIAL DUTIES IN THE PERIOD OF THE RISK OF BANKRUPTCY

Summary

The subject of this paper is the analysis of the characteristics of the legal institution of the special duties towards a company during specific period of a company's operation, which we call the period of the risk of bankruptcy. After a short presentation of the basic features, the author deals with the time frame and specifics of the period of risk. Besides, the author analyses the characteristics of the special duties, regarding the subject, object, types of duties, and liability. The purpose of the analysis is to assess the justification of regulation on special duties, as well as to assess the necessity for adjusted interpretation of the existing regulation. The author concludes that in Serbian law, there is no need for a regulation on special duties, but he emphasizes that the adjusted interpretation, in accordance with the characteristics of the period of the risk of bankruptcy, is possible and useful.

Key words: *Special duties towards the company. – Duty of care. – Duty of loyalty. – The period of the risk of bankruptcy. – Threatening bankruptcy.*

Article history:

Received: 31. 7. 2019.

Accepted: 3. 9. 2019.