

*Др Драган Вујисић,
доцент Правног факултета, Приштина*

Клаузула конфликтности интереса

1. У односу на *класичан* режим закључивања уговора и вршења других правних послова Закон о предузећима (ЗОП)¹⁾ за одређене уговоре прописује посебан режим закључивања. Наиме, члан ортачког друштва, комплементар командитног друштва, члан друштва с ограниченом одговорношћу и члан управе, надзорног одбора и извршног одбора директора друштва с ограниченом одговорношћу, акционарског друштва, друштвеног и јавног предузећа и прокуриста може закључити са предузећем у коме има то својство уговор о кредиту, кауцији, гаранцији, авалу и јемству, као и други правни посао утврђен оснивачким актом, односно статутом, по одобрењу осталих чланова друштва, односно управног и надзорног одбора (сукоб интереса у вођењу послова, – клаузула конфликтности интереса).²⁾

Клаузула конфликтности интереса има за циљ да обезбеди заштиту интереса предузећа као целине и свих његових чланова, тако што онемогућава злоупотребу фактичког положаја појединих чланова предузећа или чланова органа предузећа нпр. да члан управе друштва капитала који је истовремено и већински акционар, односно члан у том друштву закључи слободно правни посао са друштвом под повољнијим условима од оних који су устаљени на тржишту на уштрб интереса предузећа.³⁾

1. Сл. Лист СРЈ, 29/ 96.

2. Види, Закон о предузећима, чл. 93. ст. 1.

3. З. Арсић, Клаузула конфликтности интереса, Право - теорија и пракса, бр. 8/97, стр. 3. О сукобу интереса, види, Д. Дивјак, Привредно друштво и његов персонални супстрат, Правни живот, бр. 9-10/94, стр. 1137-1143.

2. Посебан режим закључивања одређених уговора условљен је кумулативно категоријом лица која се јављају као сауговарачи предузећа и врстом уговора (правног посла).

Постоје две категорије лица за које је предвиђен посебан режим закључивања одређених уговора с предузећем у коме имају то својство. Прву чине чланови ортачког друштва, комплементари командитног друштва и чланови друштва с ограниченом одговорношћу (у даљем тексту: *члан друштва*).⁴⁾ На аутономној основи (оснивачким актом, односно статутом) исто се може предвидети и за командиторе командитног друштва и акционаре акционарског друштва без јавног уписа акција.⁵⁾ Другу чине чланови управе, надзорног одбора и извршног одбора директора друштва с ограниченом одговорношћу, акционарског друштва, друштвеног и јавног предузећа, као и прокуристи (*члан органа предузећа*).⁶⁾

3. Правне послове који подлежу посебном режиму закључивања, ЗОП је изричито издиференцирао. То су: уговор о кредиту, кауцији, гаранцији, авалу и јемству. Према томе између различитих варијанти (опредељење за посебан режим у погледу закључивања свих правних послова с предузећем, опредељење за посебан режим одређен вредношћу правног посла и др.) наш законодавац се определио за посебан режим одређен врстом правног посла.⁷⁾ ЗОП, истовремено даје

4. Проф. Јанковец сматра да је "сувише строго" прописивање да је за уговоре које закључује члан друштва с ограниченом одговорношћу са друштвом потребна дозвола (одобрење), односно да не треба у ову категорију уврстити чланове друштва с ограниченом одговорношћу. То поткрепљује питањем: "Зашто би сагласност одређеног органа друштва била потребна ако уговор са друштвом закључује члан друштва са малим уделом, који не може утицати на заступника друштва да ли ће уговор бити закључен и уз каква права и обавезе уговарача", *И. Јанковец, О уговорима између предузећа и чланова управе предузећа, Правни животи, бр. 9-10/1993, стр. 1283-1284.*
5. М. Васиљевић, Коментар Закона о предузећима, Београд, 1996, стр. 112.
6. Проф. Јанковец мишљења је да у ову категорију нема потребе уврстити чланове извршног одбора директора, пошто се ради о члановима органа који није орган управљања, које, даље, по правилу, бира и поставља директор, тако да у свему томе нема реалне опасности да члан извршног одбора директора нпр. утиче на директора какав ће уговор закључити за друштво са тим чланом, *И. Јанковец, О уговорима између предузећа и чланова управе предузећа...стр. 1284.*
7. У француском праву, код акционарског друштва с једностепеним одбором, за сваки уговор између друштва и члана управе захтева се претходно одобрење (дозвола) управног одбора друштва (чл. 101. Закона о трговачким друштвима). Код акционарског друштва с двостепеним одбором одобрење за закључење уговора између друштва и члана директоријума, као и уговора између друштва и члана надзорног одбора даје надзорни одбор (чл. 143.). Код друштва са ограниченом одговорношћу, пословођа, или, ако постоји, комесар рачуна, подноси скупштини или прикључује документима достављеним члановима друштва у случају писмене консултације, извештај о уговорима закљученим било директно или преко другог лица – посредника између друштва и неког од пословођа или чланова друштва. Скупштина заузима став (*накнадно одобрење*) о овом извештају. Исто важи и за уговоре закључене са неким друштвом чији је један члан, неограничено одговорни пословођа, администратор, генерални директор, члан директоријума или члан надзорног одбора, и истовремено пословођа, или члан друштва са ограниченом одговорношћу (чл. 50. ст. 1. и 3.);

могућност да се на аутономној основи (оснивачким актом, односно статутом) посебан режим закључивања прошири и на друге правне послове. На аутономној основи је, тако, могуће посебан режим проширити на све правне послове наведених категорија лица (*члан друштва*, односно *члан органа предузећа*) с предузећем у којем имају то својство. За разлику од неких других права (Француска) према

7. У немачком праву, потребна је дозвола надзорног одбора за давање кредита члановима управног одбора, као и члановима надзорног одбора. Дозвола се може односити на одређени кредит или на одређену врсту кредитних послова и мора утврдити камату и отплату кредита. У супротном кредит мора бити одмах враћен. Остали уговори могу се закључивати између чланова управног одбора и друштва и без дозволе надзорног одбора. Надзорни одбор, такође, даје дозволу за уговоре које прокуриста закључује са друштвом (чл. 89. и 115. Закона о акционарским друштвима из 1965 године);
- Према Хрватском Закону о Трговачким друштвима (ХТЗ), код деоничког друштва, друштво може дати кредит члану управе, прокуристи и члану надзорног одбора само на основу одлуке, односно одобрења надзорног одбора. Одлука се може односити само на одређене уговоре о кредиту или врсте кредита а уговор се мора склопити најкасније три месеца од дана доношења одлуке, односно давања одобрења којом се кредит одобрава. У одлуци морају се одредити камате и отплата кредита. Кредитом се сматрају и друге правне радње које се могу с њиме изједначити (чл. 249. ст. 1. и 271. ст. 1). Речено важи и код друштва с ограниченом одговорношћу, с тим да ако друштво нема надзорни одбор одлуку доноси чланови друштва (чл. 431. и 439.). Давање кредита члановима управе, прокуристам и члановима надзорног одбора по одлуци, односно одобрењу надзорног одбора постоји и код давања кредита матичног друштво члану управе, прокуристи или члану надзорног одбора зависног друштва, и обратно. Тада одлуку доноси, односно одобрење даје надзорни одбор матичног друштва (чл. 249. ст. 2; 271. ст. 2; 431. и 439.). Поред тога, заступник предузећа (законски заступник, пуномоћник и прокуриста) не може без посебног овлашћења трговачког друштва закључити уговор са друштвом у своје име и за свој рачун, у своје име а за рачун других лица, или у име и за рачун других лица (чл. 41, 42, 49.). Даље, за све уговоре које члан надзорног одбора склапа изван обављања послова члана тога одбора потребна је сагласност надзорног одбора (чл. 270. ст. 1. и 439. Закона о трговачким друштвима);
- По Трговачком закону Краљевине Југославије из 1937 године (ЈТЗ), члановима управе деоничког друштва и друштва с ограниченом одговорношћу, као и лицима која су у погледу одговорности с њима изједначена кредит се може дати само по изричитом пристанку надзорног одбора, а ако друштво такав одбор нема по престанку скупштине. Исто важи и када кредит даје зависно друштво лицу из матичног друштва за које је предвиђено да се кредит може дати само по пристанку надзорног одбора, односно скупштине. За одређене кредитне послове или врсте кредитних послова престанак може бити дат унапред, али не за дуже од три месеца. Ако се кредит даје у виду зајма, закључком надзорног одбора, односно скупштине морају бити одређене камате, начин и рок враћања. Кредити могу бити одобрени само уз примерено обезбеђење хипотеком, ручном залогом или меницом (чл. 303. ст. 2-4 и 461.). Исто важи и за давање кредита члановима надзорног одбора, с тим да престанак дају сви чланови управе и остали чланови надзорног одбора, ако према правилима друштва за престанак није надлежна скупштина (чл. 319. и 465.). Када је у питању прокуриста, он може склопити уговор са самим собом само ако је на то изричито овлашћен. У супротном уговор, којим прокуриста у име властодавца склопи са самим собом као другом уговором страном било да то учини у своје име, било у туђе име, не важи (чл. 64.). Исто важи и за трговачке пуномоћнике (чл. 68. ст. 4).

ЗОП-у не постоје ткз. забрањени уговори, осим код једночалног друштва капитала.⁸⁾

4. Посебан режим закључивања *одређених правних послова* између предузећа и члана друштва, односно члана органа предузећа састоји се у одобрењу надлежног субјекта предузећа за њихово закључивање. Одобрење се може дати пре закључења уговора (дозвола) или накнадно (после закључења уговора). Надлежном субјекту у предузећу, тако, пружа се могућност да у поступку одлучивања о давању одобрења за закључивање конкретног правног посла оцени да ли постоји сукоб интереса и сходно томе да или не да одобрење за његово закључивање. Оцена треба, првенствено, да зависи од тога да ли се закључивање правног посла с чланом друштва, односно чланом органа предузећа жели извршити под посебним за саговорача предузећа повољнијим условима (у погледу испуњења обавеза, начина и рокова плаћања и сл.) у односу на стварне понуде на тржишту за закључивање истоветног правног посла са другим лицем. У сваком случају мора да се води рачуна о примарности интереса предузећа и у том правцу треба усмеравати вредновање разлога за и против закључења правног посла. Одобрење не може бити генерално него само појединачно.⁹⁾

5. Посебан режим (одобрење) постоји и за правни посао који закључе друга лица у коме постоји заинтересованост члана друштва, односно члана органа предузећа.¹⁰⁾ Ову заинтересованост тешко је идентификовати ако имовински интереси или друге погодности нису уочљиве. Ради се о фактичком стању у сваком конкретном послу и односу тих других лица са чланом друштва, односно чланом органа предузећа. Заинтересованост постоји, а извор је и могуће злоупотребе, ако нпр. друштво даје гаранцију или јемство другом лицу за кредит који је то (друго) лице одобрило члану управе друштва. И уопште у свим случајевима када је једно лице у својству члана друштва или члана органа у два или више предузећа поставља се питање претпоставке његове заинтересованости за уговоре које закључују та два друштва (нарочито када је друго лице члан предузећа с којим закључује уговор), као и у случајевима родбинских и сличних веза. Ради веће правне сигурности потребно је било да ЗОП одреди извесне категорије и критерије заинтересованости; нпр. навођењем лица, односно приватне везе (родбинске нпр. - брачни друг, дете, сродник до одређеног степена сродства) и пословне везе (чланство у

8. У француском праву, код друштва са ограниченом одговорношћу под претњом ништавости забрањено је пословама или члановима друштва да у било којој форми узимају зајам од друштва, да прихватају од друштва отварање кредита преко текућег рачуна или на други начин или да им друштво буде јемац или авалиста за њихове обавезе према трећим лицима. Међутим, ако друштво поседује неку финансијску установу, ова забрана не примењује се на текуће операције овог пословања закључене под уобичајеним условима. Ова забрана примењује се и на брачне другове, претке и потомке, као и на лица која раде за њихов рачун (чл. 51.). Слично важи и код акционарског друштва (чл. 106. Закона о трговачким друштвима).

9. Hamel-Lagarde-Jauffret, Droit commercial, Pariz, 1980, str. 398.

10. Види, Закон о предузећима, чл. 93. ст. 2.

предузећима или органима других предузећа и сл.). Пошто ЗОП то није урадио (осим, делом у вези клаузуле конкуренције и ограничења избора) неопходно је то учинити оснивачким актом, односно статутом предузећа.¹¹⁾ На тај начин би се, бар донекле, утврдила граница која дели прихватљиви од неприхватљивог степена заинтересованости, нарочито имајући у виду да је конфликт интереса свакодневна чињеница и да је правно релевантан само преко одређене мере.¹²⁾ У сваком случају, потребно је, најпре, констатовати да ли постоји заинтересованост *члана предузећа*, односно *члана органа предузећа* за закључивање правног посла између предузећа и другог лица, јер ако нема њихове заинтересованости тада нема ни потребе одобравања закључивања таквог правног посла. Уколико се констатује да постоји заинтересованост члана *предузећа*, односно *члана органа предузећа* испуњен је услов за давање одобрења ради закључења тог правног посла. Члану *друштва*, односно *члану органа предузећа* потребно је аутономној основи (оснивачким актом, односно статутом) као дужност наложити да обавести надлежни орган о улози своје заинтересованости. У супротном могло би се поставити питање његове одговорности (пре свега, статусне, али и материјалне).

6. Изузетак од посебног режима закључивања одређених уговора и других правних послова може се предвидети оснивачким актом, односно статутом тако што давање одобрења није потребно за послове закључене под уобичајеним условима.¹³⁾ Шта се сматра правним послом који се закључује под уобичајеним условима ствар је конкретног случаја (правног посла), предмета и садржине уговорних

11. У немачком праву, надзорни одбор даје одобрење и када се као саговорач друштва појављује брачни друг или дете члана управног одбора, односно када се кредит подиже у име брачног друга или детета. Одобрење се даје и за кредите који се подижу од друштва – мајке, или друштва – кћерке (чл. 89. ст. 3. Закона о акционарским друштвима); Према ХТЗ, одлука, односно одобрење за давање кредита даје се и када се као саговорач друштву (деоничком, односно друштву с ограниченом одговорношћу) јавља члан уже породице члана управе, прокуристе или члана надзорног одбора друштва. Исто тако, и код давања кредита матичног друштва члану уже породице члана управе, прокуристе или члана надзорног одбора зависног друштва и обратно, с тим да одлуку, односно одобрење даје надзорни одбор матичног друштва (чл. 249. ст. 2; 271. ст. 2; 431. и 439. Закона о трговачким друштвима); По ЈТЗ из 1937 године, са чланом управе, лицима која су у погледу одговорности с њима изједначена и чланом надзорног одбора изједначени су њихов брачни друг, вереник, сродник по крви до закључно четвртог или тазбини до закључно другог степена, посинак или поћерка, поочим или помајка, хранитељ или храњеник, онај ко живи са чланом у ванбрачној заједници, као и онај ко је са чланом у односу кумства. Према томе, ако би се које он наведених лица јавило као саговорач друштва, такође, је потребан пристанак надзорног одбора када је у питању веза са чланом управе или лицем које је са њим изједначено, односно свих чланова управе и осталих чланова надзорног одбора или скупштине када је у питању веза са чланом надзорног одбора (чл. 303. ст. 1. и 2; 319; 461. и 465.); У француском праву, за закључивање уговора између два друштва која су персонално повезана у погледу управљања потребна је дозвола управних одбора оба друштва, *G. Ripet, Droit commercial, Париз, 1986, сир. 886.*
12. З. Арсић, Клаузула конфликтности интереса ... стр. 4.

обавеза, постојања стандарда у одређеној области, пословних обичаја и сл. Ако се ради нпр. о кредиту мање вредности са прописаном каматом и роком враћања, односно кредиту који се нуди (закључује) под истим условима као и (са) лицима ван предузећа нема постојања сукоба интереса, па ни места примени режима клаузуле конфликтности интереса. Ради правне сигурности и заштите савесних лица и предузећа, као и отклањања *тешких* спорова пре судом, оснивачким актом, односно статутом треба прецизирати уобичајене услове.

7. Надлежност за давање одобрења зависи од лица које се јавља као сауговорач предузећу - да ли се ради о *члану друштва* или *члану органа предузећа*. Када се ради о послу *члана друштва* с друштвом надлежни субјект за давање одобрења су остали чланови друштва (код командитног друштва то су остали комплементари, не и командитори јер они нису овлашћени да управљају и воде послове друштва). Када се ради о послу *члана органа предузећа* надлежни субјект за давање одобрења је, према ЗОП-у, управни и надзорни одбор. Дакле, оба (увек) кумулативно.¹⁴ Ако у структури органа нема управног одбора, одобрење даје само надзорни одбор, и обратно. Уколико у структури органа предузећа нема управног и надзорног одбора, давање одобрења било би сходно члану 65. ст. 3. ЗОП у надлежност субјекта одређеног оснивачким актом, односно статутом предузећа у чију

13. Види, Закон о предузећима, чл. 93. ст. 5;

Исто и у француском праву (чл. 102. Закона о трговачким друштвима);

Према ХТЗ, одлука, односно одобрење за давање кредита члану управе није потребно за кредите који не прелазе висину месечне плате члана управе (чл. 249. ст. 1. и 431.).

14. Према мишљену проф. Арсића, оваква формулација ЗОП-а је нејасна у погледу надлежности органа предузећа. Може се претпоставити да када је у питању посао са чланом управног одбора одобрење дају остали чланови управног одбора. Слично, када је у питању посао са чланом надзорног одбора одобрење дају остали чланови надзорног одбора. Остаје нејасно, међутим, ко даје одобрење када се посао закључује са директором. Могућа варијанта је и да одобрење даје управни одбор када је у питању посао са директором, а надзорни одбор када је у питању посао са чланом управног одбора. Као што се види законско решење није довољно јасно, због чега би било добро извршити одговарајућа појашњења у статуту друштва (З. Арсић, Клаузула конфликтности интереса ...стр. 4). Сматрам да наведена формулација није нејасна. Може се поставити само питање њене целисходности и опортуности. Није нејасна, јер у ЗОП-у се изричито каже *...по одобрењу...управног и надзорног одбора*. Не, као у предлозима Закона о предузећима из октобра 1993. године, децембра 1994. године и марта 1995. године *...по претходном одобрењу...управног или надзорног одбора (детаљније, И. Јанковић, О уговорима између предузећа и чланова управе предузећа...стр. 1280)*. Може се, рекосмо, поставити питање њене сврсисходности и опортуности. Сврсисходности, да ли је требало предвидети надлежност оба одбора нарочито из разлога када посао захтева хитност. Опортуности, имајући у виду да у пословима који се закључују с члановима управе и извршног одбора директора...акционарско друштво заступа именовани члан надзорног одбора (чл. 278. ст. 3.). Према томе, питање је да ли је требало предвидети само надлежност управног одбора за давање одобрења (сходно као код заступања уопште), или само надзорног одбора (мада, надзорни одбор није орган управљања и пословођења, него орган који врши надзор над законитошћу управљања и пословођења, односно рада управе), или издиференцирати када одобрење даје управни одбор, а када надзорни одбор (не оба кумулативно).

надлежности спада вршење послова управног, односно надзорног одбора. То ће бити скупштина, односно субјект који врше те послове (код друштва с ограниченом одговорношћу ако нема у структури органа ни скупштине оснивачи, односно чланови, или управни одбор оснивача).

ЗОП-ом је предвиђено да заинтересовано лице (*члан друштва*, односно *члан органа предузећа*) не може гласати у управном, односно надзорном одбору приликом одлучивања о одобрењу (*nemo iudex in sua causa*).¹⁵⁾ Није забрањено заинтересованом члану да присуствује седници на којој се одлучује о давању одобрења, као и да учествује у расправи. У упоредном праву су позната решења по којима заинтересовано лице не може ни да присуствује седници органа. То се образлаже могућношћу да својим присуством и учешћем у расправи утиче на гласање осталих чланова органа.¹⁶⁾ У погледу заинтересованог *члана друштва* ЗОП, такође, предвиђа да не може гласати о давању одобрења. Наиме, према члану 259. т. 5, односно 375. ЗОП-а, акционар (ако је клаузула конфликтности интереса на аутономној основи предвиђена и за акционаре код акционарског друштва без јавног уписа акција), односно члан друштва с ограниченом одговорношћу не може гласати у скупштини кад се одлучује питањима када тај акционар, односно члан има интерес противан интересу друштва (клаузула конфликтности интереса). Такође, према члану 125. ст. 3. у доношењу одлуке не учествује члан ортачког друштва на кога се одлука односи (исто и у командитном друштву). Неучествовање у гласању заинтересованог *члана друштва* о давању одобрења произилази и из саме одредбе члана 93. ст. 1. у делу који каже ...по одобрењу осталих чланова друштва... Исто важи и када је за давање одобрења надлежна скупштина предузећа, односно чланови друштва, ако у структури органа предузећа нема управног и надзорног одбора, а ради се о уговору где је заинтересовани саговорач (директор, члан извршног од-

15. Види, Закон о предузећима, чл. 93. ст. 3;

У француском праву, код акционарског друштва, члан управног одбора не може гласати о одобравању посла за који је заинтересован, нити се његов глас узима у обзир приликом утврђивања кворума (чл. 103. Закона о трговачким друштвима), детаљније, *G. Ripert, Traite elementaire de droit commercial*, Париз, 1986, стр. 881. Исто и код друштва са ограниченом одговорношћу (приликом заузимања става скупштине, пословођа или заинтересовани члан друштва не може учествовати у гласању и његови удели не узимају се у обзир код одређивања кворума и већине, чл. 50. ст. 1. Закона о трговачким друштвима).

16. Gower, *Principles of Modern Company Law*, London, 1992, стр. 560, према. З. Арсић, Клаузула конфликтности интереса ...стр. 5;

Проф. Арсић, сматра да *овај проблем* (присуствовање на седници и учешће у расправи) нема посебну тежину с обзиром на појаву тзв. реципрочног гласања које се огледа у томе да чланови органа гласају за одобрење посла, очекујући да ће заинтересовано лице исто тако поступити када ти чланови органа буду заинтересовани (З. Арсић, Клаузула конфликтности интереса...стр. 4-5).

Ипак, брана тзв. реципрочном гласању постоји. Садржана је, пре свега, у могућој материјалној одговорности чланова управног и надзорног одбора, као и у њиховој статусној одговорности (опозив).

бора директора или прокуриста) истовремено и акционар, односно члан друштва.¹⁷⁾

Искључење права гласа заинтересованог члана може се правдати онемогућавањем да члан друштва са већинским бројем гласова увек себи обезбеди одобрење, односно правни посао с предузећем - друштвом под повољнијим условима од тржишних (нпр. да већински члан кроз повољни кредит од друштва повуче средства која је уложио у друштво а да при томе још остане у истом правном статусу у друштву и сл.).

У вези са надлежношћу за давање одобрења и искључењу права гласа у давању одобрења, поставља се питање начина доношења одлуке.

Када се ради о послу *члана друштва* речено је да одобрење дају остали чланови друштва, као и да је из одлучивања о давању одобрења искључен члан на кога се одобрење односи. Поставља се, међутим, питање да ли је за ваљано одобрење потребна сагласност свих осталих чланова друштва или је за ваљано одобрење потребна одговарајућа већина гласова осталих чланова. У одговору на постављено питање од значаја је о којем облику друштва је реч тј. да ли се ради о друштву лица или о друштву капитала. Ако се ради о ортачком друштву (исто и командитном друштву) сходно правилима о доношењу одлука, одлучује се по глави, односно сваки члан има један глас, а одлуке се доносе једногласно (код командитног друштва у доношењу одлуке учествују комплементари, не и командитори), ако уговором о оснивању друштва није друкчије одређено, односно ако није предвиђено већинско одлучивање.¹⁸⁾ Ако се ради о друштву с ограниченом одговорношћу, скупштина може одлучивати ако су присутни чланови који имају више од половине укупног броја гласова, ако уговором о оснивању, односно статутом за рад скупштине није предвиђена друга квалификована већина (чл. 370. ст. 1.), док се одлуке доносе на начин утврђен уговором о оснивању друштва, односно статутом (371.

17. Проф. Јанковец сматра да приликом искључења права гласа заинтересованог лица треба правити разлику да ли акционар или члан друштва с ограниченом одговорношћу учествује у доношењу одлуке о давању одобрења у управном одбору или скупштини. У првом случају, оправдано је његово искључење из одлучивања о давању одобрења јер он делује у управном одбору као представник свих чланова друштва (без обзира на то да ли је акционар, односно власник удела у друштву или не), што значи да мора да води рачуна о њиховим заједничким интересима тј. о интересу друштва. Међутим, друкчија је ситуација када се одлучује у скупштини друштва. У скупштини сваки акционар, односно власник удела може водити рачуна само о својим интересима; он је и унео средства у друштво да би, поред осталог, сразмерно величини унетих средстава имао право да учествује у одлучивању о пословању друштва. С тим у вези, аутор, поставља питање: "Ако је једно предузеће основало друго предузеће јер је оценило да ће тако лакше и успешније пласирати на тржиште своје производе, зашто би му било забрањено да у скупштини друштва које је основало учествује у одлучивању о томе да ли сме да закључи одговарајуће уговоре са тим предузећем". На крају, аутор, сходно решењима у енглеском праву, закључује да се мањински чланови могу заштити правилима о заштити мањине у друштвима капитала, *И. Јанковец, О уговорима између предузећа и чланова управе предузећа... сџр. 1281-1282.*

18. Види, Закон о предузећима, чл. 125. ст. 1 и 2.

ст. 2.). С обзиром да се кворум одређује према (по) капиталу, то може довести до *проблема* приликом доношење одлуке о давању одобрења у вези са искључењем права гласа. Састојао би се у немогућности одржавања седнице уопште или у објективној немогућности доношења одлуке на седници у ситуацији када члан коме је забрањено вршење права гласа располаже са високим учешћем у укупном броју гласова (више од половине). *Проблем* се, ипак, може решити педантним тумачењем одредби ЗОП-а и сходно томе предвиђањем одговарајућег решења у уговору о оснивању, односно статуту. Поменута ситуација може се решити на два начина. Прво, ако се одредбе у вези са кворумом и искључењем права гласа протумаче тако да је члановима забрањено вршење права гласа али да њихови гласови улазе у рачун за утврђивање кворума¹⁹⁾, уговором о оснивању, односно статутом, сходно члану 371. ст. 2. доношење одлуке о давању одобрења може се условити одређеном већином гласова преосталих чланова који имају право гласа. Уколико се, пак, одредбе у вези са кворумом и искључењем права гласа протумаче тако да је члановима забрањено не само вршење права гласа него и да њихови гласови не улазе у рачун за утврђивање кворума, решење се може наћи одговарајућом применом законске одредбе о поновном сазиву седнице и, такође, већине за доношење одлука. Наиме, према члану 370. ст. 2. ако се скупштина није могла одржати због недостатка кворума, поново се сазива са истим дневним редом, у складу са уговором о оснивању друштва с ограниченом одговорношћу, односно статутом. Према томе, за поновни сазив исте скупштине, кворум се може одредити већином гласова преосталих чланова који имају право гласа. Исто тако и доношење одлука на поновном заседању скупштине.

Када се ради о послу *члана орџана ѓредузећа*, одобрење се даје у форми одлуке управног и надзорног одбора, тако да се не може дати појединачним пристанком сваког члана одбора.²⁰⁾ Одлука се доноси већином гласова присутних чланова, ако статутом није друкчије одређено (квалификована већина).

8. Одсуство потребног одобрења поставља питање пуноважности правног посла. Оно се поставља како у ситуацији када је одбијено да се да одобрење, тако и када оно уопште није ни тражено (неће се поставити ако надлежни субјект накнадно одобри закључени правни посао; тада ће правни посао производити дејство као да је дозвола дата пре његовог закључивања). Требало би правити разлику између две могуће ситуације.

Прво, када се ради о правном послу (уговору) који је изричито наведен у ЗОП-у, односно за који је изричито одређено да је потребно одобрење надлежног субјекта ако се закључује између предузећа и *члана друштва* или *члана орџана ѓредузећа* (уговор о кредиту, кауцији, гаранцији, авалу и јемству). Тада предузеће може с успехом захтевати поништај уговора, с обзиром на то да је он рушљив у смислу члана 111. Закона о облигационим односима. *Члан друштва*, односно *члан орџана ѓредузећа* не би се могао позвати на правило према којем су уговори

19. Види, З. Арсић, Скупштина акционарског друштва, Право и привреда, бр. 3-4/98, стр. 10.

20. G. Ripert, Droit commercial... стр. 887.

које је закључило предузеће пуноважни иако је заступник предузећа прекорачио границе својих овлашћења (закључио уговор без одобрења), јер се ради о повреди императивне законске одредбе, односно примени правила о дејству законских ограничења.²¹⁾

Друго, када се ради о другим правним пословима утврђеним оснивачким актом, односно статутом, који су подведени под речени режим одобрења. Ти послови би, и поред непостојања потребног одобрења били пуноважни, осим, евентуално, за случај несавесности трећег лица (*члана друштва*, односно *члана органа предузећа*), сходно последицама за случај када је заступник предузећа прекорачио границе својих овлашћења у заступању предузећа.²²⁾

9. ЗОП утврђује обавезу обавештавања чланова друштва и акционара на првој, наредној, скупштини о одобрењу и закљученом правном послу (прва скупштина која буде сазвана по закључењу посла, односно давању одобрења²³⁾).²⁴⁾

Поменута одредба, без обзира колико на први поглед изгледала јасна, захтева одређене напомене. Прво, обавеза обавештавања о одобрењу и послу постоји када се ради о послу *члана органа предузећа* с предузећем, односно о послу који је одбрио управни и надзорни одбор. Не, и када се ради о послу између члана друштва с ограниченом одговорношћу и друштва (исто и ако је клаузула конфликтности интереса уговором о оснивању, односно статутом протегнута и на чланове акционарског друштва без јавног уписа акција), јер одобрење за закључивање посла дају

21. И. Јанковец, О уговорима између предузећа и чланова управе предузећа... стр. 1274, З. Арсић, Клаузула конфликтности интереса...стр. 5;
У француском праву, уговор који је члан управног одбора закључио са акционарским друштвом, без одобрења управног одбора, не производи дејство. Он није ништав, али се може поставити питање одговорности члана управног одбора према друштву, *И. Јанковец, Права и дужности чланова управног одбора деоничког друштва, Привредно правни приручник, бр. 12/1990, сџр. 10.* Исто и код друштва са ограниченом одговорношћу (чл. 50. ст. 2. Закона о трговачким друштвима);
Према ХТЗ, кредит дат члану управе, прокуристи, члану надзорног одбора, као и члану њихове уже породице, мора се, без обзира на одредбе уговора одмах вратити, осим ако надзорни одбор накнадно не донесе одлуку којом одобрава давање кредита (чл. 249. ст. 3; 271. ст. 3; 431. и 439.).
22. У случају релевантности савесности трећег лица (*члана друштва*, односно *члана органа предузећа*), предузеће би с успехом побијало у овом случају правне послове, јер је лако доказати несавесност трећег лица пошто се ради о *члану друштва* или *члану органа предузећа* коме је садржина оснивачког акта, односно статута позната, односно мора бити позната тј. коме је режим закључења таквог правног посла познат, односно мора бити познат.
23. З. Арсић, Клаузула конфликтности интереса... стр. 6.
24. Види, Закон о предузећима, чл. 93. ст. 4;
Исто и према ЈТЗ из 1937 године (чл. 303. ст. 1. и 461).
У француском праву, председник управног одбора дужан је да о свим уговорима друштва са члановима управе обавести ревизора пословних књига у року од месец дана од дана њиховог закључивања. Ревизор, потом, сачињава посебан извештај о тим уговорима и доставља га скупштини (чл. 103. ст. 2. Закона о трговачким друштвима);

сами чланови друштва (као код друштва лица). Друго, обавеза обавештавања не постоји само код акционарског друштва и друштва с ограниченом одговорношћу него и код друштвеног предузећа (скупштина). Исто, и код јавног предузећа (оснивач).

У вези са обавезом обавештавања скупштине поставља се питање правног значаја, односно правног дејства обавештавања. С једне стране, ако се пође од речи *обавештавање*, може се закључити да скупштина не би могла одлучити да затражи поништење закљученог уговора, али би могла опозвати чланове управног и надзорног одбора који су дали одобрење за закључење уговора који је по оцени скупштине супротан интересима предузећа.²⁵⁾ Међутим, с друге стране, с обзиром да се одобрење даје у форми одлуке управног и надзорног одбора, остаје отворена могућност да се, сходно чл. 73. и 76. ЗОП-а поништи оспорена одлука, односно правни посао ако је могућа реституција на основу тужбе за накнаду штете (поред накнаде штете).²⁶⁾ Исто тако и по основу тужбе за поништај незаконите одлуке (чл. 79.). Наведено важи како за случај када је дато одобрење за закључење правног посла, тако и када није дато.

Поред обавештавања о одобрењу и закљученом правном послу постоји још један облик обавештавања. У питању је обавештавање о намери закључивања (тог) правног посла између *члана друштва*, односно *члана органа предузећа* и предузећа. Наиме, ради се о обавези заступника који закључује уговор у име и за рачун предузећа (шире и самог *члана друштва*, односно *члана органа предузећа* нарочито када правни посао закључује друго лице а постоји његова заинтересованост у том послу), да обавести о намери закључења таквог правног посла надлежни субјект за давање одобрења. Ова обавеза се у случају посебног режима закључивања уговора предвиђеног клаузулом конфликтности интереса сама по себи подразумева, односно садржана је у обавези (претходног) добијања одобрења за закључивање правног посла. Међутим, обавезу обавештавања о намери за закључивање правног посла између *члана друштва*, односно *члана органа предузећа* и предузећа умесно је оснивачким актом, односно статутом предузећа проширити и када за правни посао није законом, односно оснивачким актом или статутом предвиђено давање, односно добијање одобрења (обавештавање управног одбора, евентуално и надзорног одбора; није временски рационално и скупштине). Исто тако и обавезу обавештавања чланова, односно скупштине о свим закљученим правним пословима с предузећем у којима је друга страна лице из реда чланова друштва или органа предузећа, без обзира што се ради о правним пословима за које није потребно претходно одобрење надлежног субјекта (било да се ради о пословима који се закључују под уобичајеним условима или о пословима за које уопште не важи клаузула конфликтности интереса). Оваква обавеза била би у функцији континуираног праћења обављања заступничких послова, заштите предузећа од злоупотреба од стране својих чланова и органа, посебне пажње с којом

25. И. Јанковец, О уговорима између предузећа и чланова управе предузећа... стр. 1278.

26. И. Јанковец, О уговорима између предузећа и чланова управе предузећа... стр. 1275.

ће заступник предузећа прићи у процени да ли је закључивање уговора с чланом друштва или чланом органа предузећа у интересу предузећа и др. На то упућује и ЗОП у делу одредби о обавештавању чланова и акционара.²⁷⁾

10. Посебан режим, када се говори о клаузули конфликтности интереса важи за једноперсонална друштва. Наиме, физичко лице као оснивач, акционар и члан једноперсоналног друштва не може са својим друштвом закључити уговор о кредиту, кауцији, гаранцији, авансу и јемсту.²⁸⁾ То значи да су наведени правни послови између једноперсоналног друштва и оснивача, акционара, односно члана друштва забрањени законом, односно да су по закону ништави.²⁹⁾

То, међутим, исто тако, значи и да остале послове физичко лице као оснивач, акционар, односно члан једноперсоналног друштва може слободно да закључује с друштвом. Такође, и, уколико у структури органа једноперсоналног друштва постоји управни одбор, надзорни одбор, извршни одбор директора и прокуриста, члан органа може да закључи уговор о кредиту, кауцији, гаранцији, авалу, јемству као и други правни посао одређен оснивачким актом, односно статутом са друштвом само по одобрењу управног и надзорног одбора, односно власника друштва када у структури органа друштва нема управног и надзорног одбора (када је саговорач прокуриста, члан извршног одбора директора, директор који није уједно и власник друштва).

27. Види, Закон о предузећима, чл. 86, 127.

28. Види, Закон о предузећима, чл. 93. ст. 6.

Проф. Јанковец сматра да ограничења у погледу слободе уговарања не треба да важе за једноперсонална друштва јер у таквим друштвима не може доћи до сукоба интереса између власника друштва и друштва: оно што је у интересу власника не може бити супротно интересу друштва, *И. Јанковец, О уговорима између предузећа и чланова управе предузећа... сџр. 1272*. С друге стране законско решење правда се потребом спречавања спекулативних радњи, будући да се фактички ради о уговору са самим собом, иако је формалноправно реч о два субјекта(правна и/или физичка лица), *М. Васиљевић, Коментар...сџр. 113*.

29. З. Арсић, Клаузула конфликтности интереса... стр. 5.