

Вања СЕРЈЕВИЋ

судијски помоћник Привредног суда у Нишу

КОНТРОЛА ЗАКОНИТОСТИ ПОСЛОВАЊА ПРИВРЕДНОГ ДРУШТВА И ЛИЧНА ОДГОВОРНОСТ ДИРЕКТОРА (УПРАВЕ) ДРУШТВА

Резиме

Предмет ауторовог истраживања је одговорности директора (управе) привредног друштва за реварно и незаконито пословање. У том смислу, рад садржи приказ основних обавеза директора које су прописане законским одредбама, и то: Закона о привредним друштвима, Закона о стечају и других закона. Повреде ових обавеза су кривична дела, привредни преступи и прекршаји којима се нарушава општи интерес (нпр. интереса добављача, радника, потрошача, друштва као целине).

Анализом предметних законских одредаба, аутор скреће пажњу на важан недостатак Закона о привредним друштвима – неопстојање целовитог процесног и институционалног механизма за спровођење ликвидације привредног друштва у јавном интересу.

Коментари и сујестије дати у раду у складу са принципима владавине права и социјално одговорног корпоративног управљања, које аутор професионално заступа и подржава. И поред тога, она закључује да створост у примени права није себи циљ. Примена прописа има много шире импликације и судија мора бити способан да процењује сврху норме и последице њене непосредне примене, као и да пажљиво одмерава околности примене норме. Разумна примена права треба да „охрабри“ предузетништво, засновано на објективној и пажљивој пословној процени у складу са принципима социјално одговорног управљања.

Кључне речи: *директори, управа, привредно друштво, одговорност, јавни интерес, ликвидација.*

I Увод

У савременој теорији и пракси пословног права постоји дихотомија аналитичко-синтетског и телеолошког објашњења природе права директора (управе) привредног друштва на управљање (представљање, заступање, доношење пословних одлука, пословног плана и политике развоја привредног субјекта).¹ Једна група академика и судија привредних судова заступа гледиште о аутономији (суверености) права директора, која произлази из слободе предузетништва. Према том схватању, аутономија статутарних права управе привредног субјекта ограничена је императивним законским одредбама и правима других. Друга група заступа гледиште о правима директора као привилегији, наглашавајући да су статутарна права управе ограничена обавезом директора (управе) да у њиховом коришћењу воде рачуна о ужем и ширем јавном интересу (интересу пословних партнера, потрошача, интересу запослених, друштва у целини, итд).²

Ово друго гледиште има, у последње време, све више присталица. Интерес и тежња сваког демократског и отвореног друштва је да има социјално одговорне чланове друштва, укључујући ту и привредне субјекте. Посматрајући основне поставке и циљеве домаћих закона – пре свега, Закона о привредним друштвима, Закона о стечају и Закона о извршном поступку – можемо с правом закључити да постоје правни темељи на којима се и код нас може заступати и бранити гледиште о правима директора привредног субјекта као друштвеној привилегији. Истовремено, присутна је јасна политичка воља усмерена ка јачању правне државе у свим сегментима друштвеног живота, па и у сегменту контроле законитости пословања привредних субјеката. На то указује нови Закон о одговорности правних лица за кривична дела, али и аутономна нормативна правила удружења привредника, као што је Кодекс пословне етике, чији је доносилац Привредна комора Србије.³

Циљ овог рада је да аналитичко-синтетски и телеолошки расветли све битне одредбе Закона о привредним друштвима и Закона о стечају, али и других домаћих закона, које пружају правни основ за нови, рестриктивнији (тачније, потпунији) приступ у примени права.

1 О томе видети у књизи: Vanessa Finch, *Corporate Insolvency Law – Perspectives and Principles*, 2nd edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, стр. 719–740.

2 О томе видети у чланку: Мирко Васиљевић, „Акционарско друштво – друштво акционара и/или носилаца других интереса/ризика“, *Правни животи*, бр. 12/2008, том IV, Удружење правника Србије, Београд, 2008, стр. 5–18.

3 Закон о одговорности правних лица за кривична дела (*Службени гласник РС*, бр. 97/2008); Кодекс пословне етике (*Службени гласник РС*, бр. 1/2006).

Циљ такве примене права је у контроли законитости пословања привредних субјеката и кажњавању „преступника“, као и активној примени одредаба о непосредној (личној) одговорности чланова управе за штету. Крајњи циљ је јачање правне државе и друштвене одговорности.

Правилна примена права, с друге стране, захтева одмеравање супротстављених интереса и, тиме, „умеравање“ рестриктивности. Другим речима, строгост у примени права не сме прекомерно утицати на слободу доношења пословних одлука, тачније, не сме имати ефекат „гушења“ предузетништва, тј. пословне иницијативе. Разумна пословна иницијатива и са њом преузети пословни ризик не смеју бити предмет разматрања од стране судова, још мање предмет осуде и кажњавања, чак и ако су довели до штетних последица. Знање и разумност судије, тако, постају одлучни инструменти налажења „праве мере“ у примени права.

II

Генерално посматрано, може се закључити да су основни предуслови успешног пословођења привредним субјектом следећи атрибути директора, тј. чланова управног одбора: стручност, добро познавање прописа из области привредног (пре свега, пословног) права, етичност и разумност пословне процене. Непостојање или недовољно коришћење неког од ових ресурса може бити један од кључних фактора лошег пословања, које ће фирму довести до сукоба са правним поретком или до инсолвентности.

Сукоб са њравним њорейџком настаје када орган управе друштва: доноси пословне одлуке са намером да оштети друге учеснике на тржишту, било да је реч о конкурентима или добављачима; не поштује прописане услове за обављање делатности или техничке нормативе и стандарде; повредом прописа из области заштите потрошача или кодекса добре пословне праксе угрожава интересе и права потрошача; не поштује прописе из области заштите животне средине, чиме нарушава природну равнотежу еко-система; не поштује прописе из области радно-правних односа, чиме доприноси појави социјалних тензија и немира и незапослености, и тако даље. Ови, и други примери неетичког понашања директора (чланова управног одбора) представљају разлог за престанак привредног друштва.

Јасно је да у наведеним случајевима настаје *њњњреба њринудне ликвидације, њдносно, ликвидације у јавном инњњресу*, због чега се одлука о покретању поступка ликвидације не може препустити органи-

ма самог друштва.⁴ Правно-системска недоследност и недореченост (а тиме и неефективност) одредаба Закона о привредним друштвима (даље у тексту: ЗПД) и Закона о стечају (даље у тексту: ЗС) у делу којим се уређују поступак ликвидације и стечаја привредних субјеката, више је него очигледна.⁵ Тако, према одредби чл. 52 тач. 9 ЗПД, предузетник се брише из регистра у случају стечаја и ликвидације. Таква одредба је потребна и целисходна, али њена примена у пракси није обезбеђена – институт личне управе и стечаја предузетника није регулисан Законом о стечају. С друге стране, и одредба чл. 347 ЗПД (која се односи на ликвидацију привредних друштава) није ефективна у пракси, и то из више разлога. Први, и основни, тиче се одсуства механизма покретања ликвидације по службеној дужности органа који у току и/или поводом обављања својих послова уочи повреду јавног интереса. Други разлог је техничке природе и тиче се обавезе предлагача да предујми трошкове поступка ликвидације, коју нико није вољан да преузме, иако у том поступку, као и у поступку стечаја, предлагач има приоритетно право на повраћај ових средстава из стечајне/ликвидационе масе (пре свих осталих исплата).

Разлози за покретање принудне ликвидације су бројни – они су или изричито предвиђени (набројани) у одредби чл. 347 ЗПД, или произлазе из других одредаба Закона.⁶ Тако, примера ради, у чл. 347 ЗПД предвиђени су следећи разлози за престанак друштва покретањем поступка ликвидације: ако му је изречена мера забране обављања делатности због тога што не испуњава услове за обављање делатности, а у року одређеном у изреченој мери не испуни те услове, односно, не промени делатност (чл. 347 тач. 1); ако се број оснивача, односно чланова привредног друштва, осим код акционарског друштва и друштва са ограниченом одговорношћу, сведе на један, а у року од шест месеци, ако овим законом није друкчије уређено, регистру се не пријави нови члан (тач. 4); ако није организовано у складу са овим законом (тач. 5); ако не обавља делатност дуже од две године непрекидно (тач. 6); у случају ништавости оснивања друштва у складу са законом (тач. 7).

4 Термин „друштво“ ће у даљем тексту послужити као генерични појам за све облике обављања привредне делатности – предузетнике, привредна друштва, задруге и јавна предузећа.

5 Закон о привредним друштвима (*Службени гласник РС*, бр. 125/2004); Закон о стечају (*Службени гласник РС*, бр. 104/2009).

6 Ликвидација привредног друштва уређена је одредбама чл. 347–365 Закона о привредним друштвима. У чл. 345 ЗПД набројани су основи престанка акционарског друштва. Сходно чл. 345 тач. 6 ЗПД, друштво престаје и у „другим случајевима утврђеним законом и оснивачким актом друштва који су наведени као основ за престанак друштва“.

У раду ће бити речи о свим могућим случајевима принудне ликвидације који проистичу из непоштовања одредаба ЗПД. Међутим, не треба изгубити из вида ни шири смисао одредбе чл. 345 тач. 6 ЗПД, која упућује на могућност престанка а.д. и „у другим случајевима утврђеним законом“. Треба, наиме, сматрати да термин „закон“ у овој одредби подразумева све остале законе, поред ЗПД, који регулишу одређени, на дати случај применљиви, сегмент привредног живота.

Један од веома бијих основа за йокрећање йринудне ликвидације (од стиране суда, а на захћев мањинских акционара/чланова друшћива) йредвићен је у чл. 346 у вези чл. 183 ЗПД. Разлози из којих се може поднети захтев суду за престанак друшћва односе се на нестручни и/или несавесни рад управе друшћва, али и друге, непремостиве проблеме у структурно-организационим и функционалним односима управе друшћва, с једне стране, и власника капитала, с друге стране. То су следећи проблеми (чл. 346 ст. 1 тач. 1-4 ЗПД): 1) чланови управног одбора друшћва не могу да воде послове друшћва, било због поделе или других разлога, а акционари друшћва не могу да прекину блокаду, тако да се послови друшћва не могу више водити у интересу акционара друшћва; 2) акционари су блокирани у одлучивању и на најмање две узастопне годишње скупштине не успевају да изаберу чланове управног одбора, тако да се послови друшћва не могу водити у интересу друшћва; 3) чланови управног одбора, као и других органа друшћва, делују противзаконито, непоштено или преварно према акционарима који подносе такав захтев; 4) имовина друшћва се расипа и умањује. Захтев суду за престанак друшћва покретањем принудне ликвидације из наведених разлога могу поднети само мањински акционари са најмање 20% основног капитала. На основу слободне судске процене, у случају отклоњивих недостатака, суд може, уместо покретања поступка ликвидације за престанак друшћва, наложити једну или више мера са роком за отклањање неправилности од најдуже годину дана, а нарочито: разрешење било ког члана управног одбора, избор члана управног или извршног одбора, именовање привременог заступника друшћва, ревизију рачуноводствених извештаја и друге мере (чл. 346 ст. 4 ЗПД).

Међу набројаним мерама које суд може изрећи у циљу отклањања уочених неправилности, посебну важност има именовање привременог заступника друшћва. Иако је овај инструмент интервенције суда применљив у почетној фази организационих и/или финансијских проблема друшћва, и у домаћој пословној пракси често потребан и користан, готово да се и не примењује.⁷ Не примењује се чак ни у неким очи-

7 Готово једини случај именовања привременог заступника у пракси јавља се као последица Законом предвићене обавезе у случају раскида уговора о купопродаји друшћвеног капитала. Обавеза је Агенције за приватизацију да, у таквим

гледним случајевима грубог кршења основних људских права од стране управе друштва, као што су: право на једнаки и правични третман (забрана дискриминације – чл. 21 Устава РС) и право на рад (чл. 60 Устава РС). Право на рад, у смислу одредбе чл. 60 ст. 4 Устава, предвиђа: право на поштовање достојанства своје личности на раду, безбедне и здраве услове рада, потребну заштиту на раду, ограничено радно време, дневни и недељни одмор, правичну накнаду за рад и на правну заштиту за случај престанка радног односа.

Непосредност примене Уставом зајемчених људских права (чл. 18 ст. 1 Устава) указује на потребу заштите јавног интереса (појединачни интерес јемчен Уставом постаје јавни интерес). Заштита индивидуалних људских права је примарни циљ сваке демократски уређене државе која своју функционалну организацију заснива на принципу владавине права. Из те потребе проистиче обавеза државе да омогући ефикасну правну заштиту свим субјектима чија су индивидуална или колективна права и интереси угрожени или повређени.

Јасно је, дакле, да право на подношење захтева из чл. 346 ЗПД треба дати и запосленима у друштву (квалификованој већини запослених, репрезентативном синдикату), али и повериоцима друштва (већинским повериоцима необезбеђених потраживања), као и свим државним органима који су, у обављању својих редовних дужности, уочили противзаконите, непоштене или преварне радње управе друштва.

Кључни правно-системски недостатак ЗПД у делу којим се уређује поступак ликвидације, видљиво проистиче из одредбе чл. 348 ст. 1 ЗПД: „Ликвидација привредног друштва спроводи се одлуком ортака, чланова или акционара...“ *Уређен је, дакле, само њосћуиак добровољне ликвидације друштѡва, док ѡринудна ликвидација у јавном инћересу оствјаје без ѡроцесно-инстћићуционалне ѡравне заштћићие, а шћиме, ѡракћићично, и без икаквој реалној ефекћиа у стћварном живоћу.* Из претходно датог коментара одредбе чл. 346 ЗПД, јасно је да је чак и тај покушај уређења принудне ликвидације друштва остао безуспешан – због своје фрагментарности и осталих изнетих разлога неефикасности.

III

У овом делу рада посветићемо се осталим случајевима принудне ликвидације који проистичу из основних одредаба ЗПД, као и његових

случајевима, именује привременог заступника, који ће управљати имовином и пословима друштва до продаје акција пренетих Акцијском фонду. Приметно је, међутим, да чак ни овај обавезни случај именовања привременог заступника не даје позитивне резултате у пракси, због атмосфере неповерљивости и нерешених статусних спорова и спорова о испуњавању обавеза из уговора о купопродаји друштвеног капитала.

одредаба о непосредној одговорности директора и других лица која имају обавезе према друштву.⁸

Прва група разлога која даје њовода њокрећању њринудне (судске) ликвидације/стећаја односи се на делатности друштва (чл. 5 ЗПД). Разлози за престанак друштва су: обављање законом забрањене делатности, обављање делатности без прописане потребне сагласности или дозволе надлежног органа, обављање делатности у неодговарајућој правној форми. Такође, разлог за престанак друштва може бити и неиспуњавање услова у погледу техничке опремљености, заштите на раду и заштите и унапређења животне средине и др. прописаних услова (чл. 6 ЗПД).

Један од набројаних разлога за престанак друштва – обављање незаконите делатности или делатности супротне јавном интересу – истовремено је предвиђен и као разлог ништавости регистрације оснивања друштва (чл. 11 ст. 2 тач. 2 ЗПД). Овај разлог подводи се под чл. 347 тач. 7 ЗПД – представља аутоматски повод за *ex officio* покретање поступка принудне ликвидације/стећаја друштва. Једини претходни услов техничке природе тиче се обавезног уписа ништавости регистрације оснивања друштва у одговарајући регистар, сходно Закону о регистрацији привредних субјеката.

Остале неправилности у вези са делатношћу друштва подводе се под чл. 347 тач. 1 ЗПД, тачније, не производе аутоматски разлог за престанак друштва. Радије, бар када је реч о отклоњивим недостацима, представљају основ за изрицање мере забране обављања делатности или отклањања уочених неправилности. Тек пошто у року одређеном у изреченој мери (који не би требало да буде дужи од 90 дана, према аналогiji са одредбом чл. 11 ст. 3 ЗПД) друштво не испуни предвиђене услове за обављање делатности, настаје основ за покретање поступка принудне ликвидације/стећаја.

У случају постојања неког од разлога ништавости друштва, треба нагласити важност одредбе чл. 11 ст. 5 ЗПД о солидарној одговорности оснивача за намирење потраживања поверилаца друштва. Нажалост, у пракси ова одредба не остварује свој циљ, пре свега, због неинформисаности субјеката на које се те одредбе односе. Код значајног броја средњих и малих предузећа (СМП), директори немају потребну

8 То су, истовремено, и разлози за покретање стечајног поступка по службеној дужности, ако предлагач има несумњиве доказе о инсолвентности друштва. Одредбом чл. 40 ст. 6 *прећходној* Закона о стечајном поступку (*Службени ѓласник РС*, бр. 84/2004 и 85/2005) прописано је да надлежни јавни тужилац може да покрене стечајни поступак ако учини вероватним да је стечајни дужник неспособан за плаћање, а има основа за сумњу да је његова неспособност плаћања повезана са извршењем кривичног дела које се гони по службеној дужности. Нажалост, ова одредба је изостављена у новом Закону о стечају (види: чл. 55 ЗС).

стручност, нити професионално искуство потребно за рационално пословођење фирмом. У још већој мери, недостаје познавање корисних механизма превенције и *ex post* правне заштите повређених права и интереса.

Следећи бићан инструмент њравне заштити њоверилаца друштва ѡредвићен је у чл. 15 ЗПД – „Злоупотреба ѡравној лица“. У правној теорији овај институт се још назива и „пробој правне личности“ (енг. *lifting the veil*), јер подразумева непосредну-личну одговорност чланова друштва са ограниченом одговорношћу за обавезе друштва. Таква одговорност настаје када командитори, чланови и акционари злоупотребе друштво за незаконите или преварне циљеве или ако са имовином друштва располажу као са сопственом имовином, као да привредно друштво као правно лице не постоји.

Проблеми у примени ове одредбе у пракси, међутим, нису занемарљиви. Прво, требало је одредити и личну одговорност директора, одн. чланова управног одбора друштва, а не само оснивача, тј. чланова друштва. Друго, нису јасно опредељени критеријуми за утврђивање одговорности и врста поступка, а тиме и надлежност суда за утврђивање злоупотребе. Правна формулација одредбе чл. 15. ЗПД указује да је реч о одговорности по основу кривице („злоупотреба“, „незаконити“ циљеви, „превара“). Из такве формулације би се могло закључити да је надлежни суд за утврђивање одговорности – основни суд у кривичном поступку – који, у складу са правилима Законика о кривичном поступку, може одлучити и о имовинско-правном захтеву оштећених лица. Кривична пријава се може поднети само за дело које је као кажњиво прописано Кривичним закоником РС. Одговорност по основу злоупотребе правног лица могла би се, тако, подвести под кривична дела против привреде, предвиђена у чл. 234–237, чл. 238, 241–243 КЗ РС. У случају да су злоупотребом правног лица повређена права запослених у друштву, могла би се, кумулативно, захтевати и одговорност по основу почињених кривичних дела против права по основу рада (чл. 163–169 КЗ РС).

Јасно је да оваква неодређеност у регулисању овог, и те како важног института правне заштите, није одржива. Имајући у виду упоредну правну регулативу и судску праксу, можемо закључити да је потребно прецизно и шире уредити питање надлежности и поступка утврђивања одговорности.⁹ Мишљење је аутора да нема никаквих сметњи да при-

⁹ Аутор је, пре свега, имао у виду енглеско право, тачније, следеће прописе: Сечајни закон из 1986. године (*Insolvency Act*) и Компанијски закон из 2006. године (*Companies Act*). Тако, у енглеском праву постоји јасно подвајање *преварној* пословања (*fraudulent trading*) од *нејројисној* пословања (*wrongful trading*). Преварно пословање прописано је у *sec. 213 Insolvency Act 1986, sec. 993 Companies Act 2006*,

вредни суд, у случајевима очигледне злоупотребе правне личности, у поступку стечаја или извршном поступку утврди постојање личне и солидарне одговорности чланова и директора (чланова управног одбора) за обавезе друштва. У случају преварног пословања, суд би постојање одговорности утврђивао применом „субјективног“ критеријума, док би се утврђивање непрописног пословања заснивало на примени „објективног“ критеријума чији су елементи разрађени у чл. 32 ЗПД. Такође, требало би, по угледу на енглеско право, институт пробоја правне личности проширити личном одговорношћу директора *de lege*, али и директора *de facto*, тј. директора „из сенке“.

Објективни приступ утврђивању одговорности директора и осталих лица која имају дужности према друштву (чл. 31 ЗПД) заснива се на тесту пажње и правилне пословне процене „доброг привредника“ који извршава своје послове савесно, у разумном уверењу да делује у најбољем интересу привредног друштва (чл. 32 ЗПД). Такође се заснива на објективним тестовима лојалности према привредном друштву, као и посебних дужности лица са личним интересом (чл. 33 ЗПД). Лица са личним интересом набројана су у чл. 34 ЗПД. То су лица која имају дужност према друштву (чл. 31 ЗПД) или чланови њихове породице, када су та лица: 1) уговорна страна у правном послу са привредним друштвом; 2) у финансијском односу са лицем из правног посла или радње које закључује уговор са привредним друштвом или које има финансијски интерес у том послу или радњи, по основу којих се разумно може очекивати да утичу на његово поступање супротно интересу привредног друштва; 3) под контролним утицајем стране из правног посла или радње или лица које има финансијски интерес у правном послу или радњи, тако да се основано може очекивати да утичу на његово поступање супротно интересу привредног друштва.

sec. 9-10 Fraud Act 2006. Заснива се на принципу одговорности по основу кривице – свесне намере управе да се оштете необезбеђени повериоци друштва. Последице су двојаке – у виду судске одлуке којом се обавезују директори (чланови управног одбора) да надокнаде штету из личне имовине, и то у поступку заштите колективних интереса класе поверилаца у стечајном поступку; као и у виду кривичне одговорности која се утврђује у кривичном поступку.

С друге стране, непрописно (*wrongful*) пословање уређено је у *sec. 214 Insolvency Act 1986*. Одговорност за непрописно пословање (изван домета кривичне одговорности) има основ у повреди принципа разумне пословне процене директора просечних способности у датим околностима, одн. пословне процене „са пажњом доброг привредника“. Последица је у обавези директора (управе) да стечајну масу увећају средствима из личне имовине, у висини штете коју су непрописним пословођењем нанели повериоцима друштва. Одговорност је овде субјективно проширена и на тзв. директоре „из сенке“, чија је дефиниција дата у *sec. 251 Insolvency Act 1986* – то су лица у складу са чијим налозима или инструкцијама *de lege* директори доносе пословне одлуке.

Дужносћ лојалносћи лица са личним инћересом према друштву заснива се на поштовању забрана прописаних у чл. 33 ст. 2 ЗПД: да не користе имовину привредног друштва у личном интересу; да не користе повлашћене информације и не злоупотребљавају позиције у друштву за лично богаћење; да не користе пословне могућности друштва за своје личне потребе, и слично. Такође, дужност лојалности ових лица подразумева њихову обавезу да пријаве друштву посао из сукоба интереса, ради одобрења (чл. 35 ЗПД). Одобрење правног посла из сукоба интереса има екскулпирајуће дејство – лице са личним интересом у правном послу није одговорно за штету која произиђе из сукоба интереса, под условом из чл. 35 ст. 2 ЗПД.

Основни недостатак ових одредби је у томе што је право на накнаду штете подношењем деривативне тужбе дато само члановима и акционарима са најмање 5% основног капитала друштва, а не и повериоцима друштва. Враћајући се овде на одредбу чл. 15 ЗПД, примећујемо још један системски недостатак уређења института злоупотребе правне личности – не само што није одређена врста поступка и процесни механизми утврђивања одговорности чланова друштва, није утврђена ни временска граница остваривања права поверилаца. Тај период је одредив када је реч о кривичној одговорности, у складу са правилима ЗКП о застарелости права на кривично гоњење. С друге стране, право на подношење деривативне тужбе од стране чланова друштва и акционара застарева истеком рока од 60 дана од дана сазнања за учињену повреду, односно, три године од дана учињене повреде (чл. 37 ст. 2 ЗПД).

Закључак је аутора да треба отклонити негативне последице суженог ефекта одредаба чл. 31–42 ЗПД које право на правну заштиту пружају само члановима и друштву (уређивањем инструмената индивидуалне и деривативне тужбе), али не и оштећеним повериоцима. До тада, повериоцима остаје ограничена могућност употребе института побијања правних радњи, у складу са одредбама Закона о облигационим односима. Истовремено, има места и за „преуређење“ одредаба о одговорности лица која имају дужности према друштву. Иако права по основу одговорности ових лица за штету припадају друштву, треба имати у виду да у периоду финансијске кризе друштва (претеће или постојеће неликвидности и инсолвентности) примарни значај има интерес поверилаца, а не интерес друштва. У таквим околностима, ризик погрешне или злонамерне пословне одлуке теже погађа повериоце друштва него његове чланове (акционаре). Зато је потребно проширити личну одговорност лица из чл. 31 ЗПД и у односу на повериоце друштва, али не по основу права на индивидуалну тужбу, већ по основу права на колективну тужбу.

Могло би се, на први поглед, учинити да је интерес поверилаца друштва довољно заштићен одредбама Закона о стечају о побијању правних радњи стечајног дужника, али то није тако. Институт побијања правних радњи стечајног дужника заснива се на принципу привилеговања појединих поверилаца у односу на друге повериоце. У случају повреде дужности лица из чл. 31 ЗПД, није реч о повреди принципа недискриминације припадника једне интересне групе, већ о повреди принципа недискриминације између различитих интересних група (класа). Лица која имају дужности према друштву чине једну класу, остали чланови, одн. акционари друштва чине другу класу, повериоци обезбеђених потраживања чине трећу класу, повериоци необезбеђених потраживања четврту класу, запослени у друштву пету класу, и тако даље.¹⁰

Закон није решио проблем тзв. „Феникс“ компанија (енг. „*Phoenix syndrome*“; „*Phoenix companies*“), које су прилично одомаћене у нашој пословној пракси. Уочљиви су, наиме, примери оснивања новог привредног друштава „на згаришту“ банкротираних фирме, преузимањем у целости или у препознатљивом делу пословног имена те фирме. Таквој пракси, неретко, претходи одлив, одн. преливање имовине презадуженог друштва у новоосновано друштво. Требало би, стога, у ЗПД и ЗС унети одредбе по угледу на чл. 216 и 217 енглеског Закона о стечају.¹¹ Тачније, треба предвидети забрану директору (члану управног одбора) стечајног дужника да оснива или буде члан управе у друштву које користи исто или слично пословно име имену стечајног дужника у периоду од 5 година од дана покретања стечајног поступка. Наведена обавеза је у енглеском закону проширена и на претходне директоре стечајног дужника (који су ту функцију обављали у периоду од годину дана пре покретања стечаја). Одговорност за непоштовање прописане забране је грађанска и кривична. Грађанска одговорност подразумева личну одговорност директора за обавезе „новог“ друштва.¹² У случају „скривљеног“ стечаја, ову забрану у енглеском праву замењује мандаторно изрицање директору мере забране обављања делатности, која може трајати и до 15 година.¹³

IV

У претходном делу рада било је речи о општим разлозима за престанак друштва, било због повреде јавног интереса, било због повреде

10 Редослед класа овде није дат по принципу приоритета интереса, већ по принципу обичног набрајања у циљу илустрације.

11 *Sec. 216 and 217 (UK) Insolvency Act 1986.*

12 V. Finch, *нав. дело*, стр. 703.

13 *Sec. 6 Company Directors' Disqualification Act 1986 (CDDA).*

интереса и права поверилаца. Овде ћемо указати на најважније облике непрописног пословања које, као такво, објективно проистиче из повреде (намерне или случајне) појединачних, јасно и прецизно дефинисаних законских обавеза управе друштва. У таквим случајевима лична одговорност управе је крајње објективизирана. Нема потребе за оценом да ли је конкретна пословна одлука разумна или не. Довољно је, на основу непосредних доказа, закључити да је она супротна императивним законским одредбама.

Прва група обавеза органа друштва, чије непоштовање може угрозити финансијску стабилност (ликвидност и солвентност) друштва и довести до непосредне личне одговорности директора за причињену штету, односи се на *ограничења плаћања и стицања сојсјивених удела/акција*. Те су обавезе прописане у чл. 121, 133, 217, 220 и 230 ЗПД. Њима је предвиђена забрана исплате привремених дивиденди и дивиденди и осталих плаћања, као и стицања сопствених акција уз плаћање, уколико би то угрозило структуру основног капитала друштва, тиме што би његов износ пао испод законом прописаног минимума. Непоступање у складу са овим одредбама повод је личној одговорности чланова и акционара и чланова органа друштва за штету услед забрањених исплата (чл. 134 и 231 ЗПД). Одговорност директора или чланова управног одбора друштва је објективна, док одговорност чланова/акционара укључује субјективни елемент свести – да је знао или је, према околностима случаја, могао знати да су исплате које је примио од друштва забрањене.

Обавеза одржавања основног капитала акционарског друштва је у Европској унији, у начелу, уређена на јединствен начин Директивом 77/91/ЕЕС од 13. децембра 1976. о координацији инструмената заштите интереса чланова отворених акционарских друштава и других лица у погледу одржавања и промене основног капитала тих друштава, као и Директивом 2006/68/ЕС од 6.9.2006. год. о изменама и допунама прве директиве.¹⁴ Посебно је, у том смислу, значајна одредба чл. 17 Директиве, у којој је предвиђено обавезно сазивање скупштине акционара у случају озбиљног смањења основног капитала, ради одлучивања о покретању

14 Second Council Directive of 13 December 1976 on coordination of safeguards which, for the protection of the interests of members and others, are required by Member States of companies within the meaning of the second paragraph of Article 58 of the Treaty, in respect of the formation of public limited liability companies and the maintenance and alteration of their capital, with a view to making such safeguards equivalent (77/91/EEC), *Official Journal of the European Communities (OJ)*, L 26, 31.1.1977, стр. 1–13. Directive 2006/68/EC of the European Parliament and of the Council of 6 September 2006 amending Council Directive 77/91/EEC as regards the formation of public limited liability companies and the maintenance and alteration of their capital, *Official Journal of the European Communities, (OJ)*, L 264, 25.9.2006, стр. 32–36.

поступка ликвидације/стечаја друштва, или предузимања других мера. У нашем ЗПД, обавезно сазивање скупштине акционара (чланова доо) прописано је у чл. 114, 233 ст. 5 и чл. 280, али уз озбиљну редакцијску грешку, која наведену одредбу чини нејасном и неприменљивом.¹⁵

Следеће ограничење исплате акционарима предвиђено је у чл. 268 ст. 3 ЗПД: „У случају смањења основног капитала у редовном поступку отвореног акционарског друштва, исплате акционарима могуће су по протеклу 90 дана од друге објаве уписа те одлуке у регистар и после пружања обезбеђења или подмирења потраживања повериоцима који су благовремено пријавили потраживања.“ Јасно је да у случају исплате супротно наведеној забрани, настаје основ директне одговорности акционара и директора (чланова управног одбора) друштва за штету, у смислу чл. 231 ЗПД.

У вези са тим, могу се поставити следећа питања: Ко је титулар права на накнаду штете и у ком поступку (по ком процесно-правном механизму), као и у ком временском периоду? У случају кршења забране исплате из чл. 268 ЗПД, јасно је да су повређени интереси поверилаца, па су они титулари права на накнаду штете, уколико нису добили тражено испуњење или обезбеђење својих потраживања у року од 90 дана од дана друге објаве регистрације одлуке о смањењу капитала. Надлежни суд за решавање о захтеву за накнаду штету је привредни суд, а временско ограничење права на подношење тужбе је прописано општом одредбом чл. 47 ст. 2 ЗПД о застарелости потраживања поверилаца (180 дана од дана сазнања за разлог подношења тужбе, три године од дана престанка друштва или од дана престанка својства члана и акционара).

У случају повреде забране плаћања из чл. 133, 217 и 230 ЗПД, није јасно одређена одговорност акционара и органа управе. Вршење исплата супротно ограничењима плаћања је, према одредби чл. 450 ст. 1 тач. 11 ЗПД, привредни преступ привредног друштва и одговорног лица у друштву. Јасно је да одговорност није само привредно-казнене природе, већ и грађанско-правне. Овде не може бити само речи о грађанско-правној одговорности према друштву (на шта упућују одредбе чл. 134 и 231 ЗПД), већ и о непосредној одговорности за накнаду штете причињену повериоцима друштва. Такође, реч је о објективној одговорности управе и субјективној одговорности акционара. Право да се захтева накнада штете застарева у року предвиђеном у чл. 47 ст. 2 ЗПД.

Практичан проблем у остваривању наведених права поверилаца произлази из (не)доступности информација о финансијском пословању

15 О томе видети у чланку: Вања Серјевић, „Инструменти заштите мањинских акционара и поверилаца отворених акционарских друштава у погледу одржавања и промене основног капитала (Директива ЕУ 77/91/ЕЕЦ)“, *Евројско Законодавство*, бр. 17-18/06, Институт за међународну политику и привреду, Београд, 2006, стр. 10.

друштва. Тај проблем је могуће превазићи код отворених акционарских друштава, контролом финансијских извештаја чије је објављивање по закону обавезно. У том смислу, важан је извештај ревизора, који је друштво дужно обезбедити сходно чл. 37 Закона о рачуноводству и ревизији (у даљем тексту: ЗРР).¹⁶ Код друштва са ограниченом одговорношћу и затвореног акционарског друштва, извор информација је, такође, извештај ревизора, уколико је реч о средњим и великим правним лицима, или о малим правним лицима која јавном понудом издају хартије од вредности или чијим се хартијама тргује на организованом тржишту хартија од вредности (чл. 37 ст. 1 ЗРР). Према одредби чл. 34 ЗРР, обрађени подаци извештаја на основу којих се сагледавају резултати пословања и финансијски положај привредних субјеката – јавни су и доступни свим правним и физичким лицима.

Следеће питање је везано за природу права на накнаду штете од управе – да ли је реч о индивидуалном или колективном праву поверилаца. Наш ЗПД не познаје процесни инструмент колективног судског остваривања права једне интересне групе (нпр. групе поверилаца), осим колективног намирења у поступку ликвидације. ЗС, с друге стране, уређује судски поступак колективног намирења поверилаца стечајног дужника, али не уређује питање активне страначке легитимације поверилаца, као класе, у поступцима по тужби за накнаду штете против директора и чланова управног одбора стечајног дужника, одговорних за ту штету. У стечајном поступку, обим заштите ових права зависи искључиво од процене и стручности стечајног управника.

Исплате извршене супротно закону доводе до смањења нето имовине друштва која, у случају пословања са губитком, може пореметити структуру капитала. Према одредби чл. 274 ст. 1 ЗПД, у случају смањења основног капитала испод прописаног минимума, покреће се поступак ликвидације или стечаја друштва у складу са законом. Питање практичне ефективности ове одредбе, такође, може бити предмет критичке оцене. Обавеза одржавања вредности основног капитала уређена је у чл. 236 у вези чл. 114 ЗПД. У ставу 2 тог члана предвиђено је да у случају пада вредности нето имовине испод законом прописане минималне вредности основног капитала, а.д. (доо) има обавезу да повећа капитал до те вредности у року од 6 месеци од дана смањења, или да промени правну форму друштва. У супротном, покреће се поступак ликвидације. У претходном делу рада указано је на непостојање процесно-институционалног механизма за покретање и вођење поступка ликвидације у јавном интересу. Та примедба важи и у овом случају.

Као што је већ речено, једини начин да се уоче неправилности у финансијском пословању друштва јесте у контроли финансијских

16 Закон о рачуноводству и ревизији (*Службени гласник РС*, бр. 46/2006 и 111/2009).

извештаја. Целисходност те контроле зависи од више фактора које ћемо овде, због ограниченог оквира рада, само поменути: 1) тачност фин. извештаја (независност, стручност и етичност ревизора, правилна примена МРС); 2) контрола тачности фин. извештаја, правилно утврђивање вредности акција и друге имовине у складу са законом (чл. 313 ст. 1 тач. 1 и 10 ЗПД); 3) пуноважна одлука скупштине акционара о усвајању фин. извештаја, извештаја о пословању и извештаја ревизора (чл. 291 и чл. 304 ЗПД). Додатни инструмент контроле пословања и заштите интереса мањинских акционара обезбеђен је преко института „стручног повереника“ у чл. 334–336. ЗПД.

Посебан вид одговорности директора и чланова управног одбора прописан је у чл. 371–375 ЗПД – *одговорности за шийейу йричињену конйролисаном друшйиву*. Није, међутим, уређено питање одговорности групе (а тиме и личне одговорности управе) за спољни дуг, односно, одговорности према повериоцима члана групе.¹⁷ То питање је изузетно актуелно, чак и на нивоу међународних форума за унификацију трговинског права.¹⁸

V

У наредном делу рада биће речи о неким специфичним облицима непосредне одговорности лица са посебним овлашћењима у поступку реорганизације и банкротства привредног друштва.

Први се тиче *одговорности за йравилно уйврђивање сразмере акција или удела у йостйуйку реорйанизације стечајној дужника стйа-йусном йроменом или конверзијом йоийраживања у кайййал друшйива*. Статусна промена је једна од могућих мера за реорганизацију стечајног дужника, сходно чл. 157 ст. 1 тач. 15 Закона о стечају. Опште одредбе ЗПД о ограничењима спровођења поступка статусне промене, као ни одредбе о посебној заштити права поверилаца (чл. 395–7), нити одредбе чл. 380 и 378 ст. 5 ЗПД, не могу важити у случају предузимања статусне промене у поступку реорганизације стечајног дужника, па је неопходно то ограничење примене унети у текст закона. У вези са могућом одговорношћу стечајног управника за правилно спровођење

17 О томе види у: Александар Ђирић, „Мултинационална предузећа и off-shore компаније“, *Правни живоић*, Удружење правника Србије, Београд, 2007, Том 4 бр. 12 (2007), стр. 117; Дара Миленовић, „Повезивање привредних друштава“, *ParagrafLex – E-press*, 2009/313, објављен дана 21/09/2009 у Рубрици: VII-1 – Општи привредни прописи/Привредна друштва.

18 United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), Forty-second session, Vienna, 29 June – 17 July 2009, *Report of Working Group V (Insolvency Law) on the work of its thirty-sixth session* (New York, 18–22 May 2009), стр. 5–23.

реорганизације статусном променом, треба имати у виду одредбу чл. 378 ст. 3 ЗПД: „Одлука о статусној промени не може се побијати због утврђене сразмере акција или удела у складу са овим законом.“ Значи, неправилности у поступку утврђивања сразмере акција или удела не могу бити повод истицању ништавости предузете мере реорганизације. Међутим, оне не утичу на могућност утврђивања одговорности за неправилности у спровођењу реорганизације. Та одговорност је лична и може бити кривично-правна и грађанско-правна. Сносиће је, свакако, лице коме је поверен посао утврђивања сразмере акција или удела, али и стечајни управник по основу одговорности за избор (*culpa in eligendo*) и пропуштање дужног надзора и контроле.

Аналогно наведеној ситуацији, до непосредне одговорности ових лица за штету може доћи и у поступку спровођења реорганизације конверзијом потраживања у капитал друштва. Неправилности у спровођењу те мере имале би за последицу неједнаки (неправични) третман ове класе поверилаца у односу на остале повериоце. С друге стране, мера конверзије потраживања доводи до значајног финансијског растерећења стечајног дужника, јер се његови дугови умањују за износ конвертованих потраживања.

Други, посебно интересантан, облик одговорности директора у поступку стечаја (банкротства) друштва тиче се *стајтуса зајма који директор (члан ујавног одбора) друштва, који је истовремено члан доо/ад са најмање 1/10 основног капитала, одобри друштву у време пословне кризе уместо да друштву (као добар привредник) увећа основни капитал*.¹⁹ Овде, заправо, и није реч о правој одговорности, већ о губитку права на повраћај зајма у периоду од годину дана пре дана покретања стечајног поступка. Лице које је, противно овој забрани, повратило зајам у наведеном периоду, дужно је да врати зајам, односно, да за износ зајма обештети стечајну масу. Поред тога, уколико је то лице по основу датог зајма имало статус обезбеђеног повериоца, долази до законске субординације његовог потраживања. Тачније, одредбама чл. 135 ст. 1 и чл. 232 ст. 1 ЗПД предвиђено је да члан/акционар друштва који друштву у време пословне кризе не повећа основни капитал као добар привредник, већ друштву да зајам, може у стечајном поступку остваривати захтев за повраћај зајма само као стечајни поверилац са необезбеђеним потраживањем. Проблем у примени ових одредаба може настати при оцени постојања „пословне кризе“. Сматрам да тај термин треба у тумачењу и примени изједначити појму „претеће неспособности плаћања“. Друштво у време давања зајма не мора бити инсолвентно, чак ни неликвидно, али морају бити присутне чињенице

19 Ово питање уређено је у чл. 135 и чл. 232 Закона о привредним друштвима.

и околности на основу којих је директор (члан управе) могао бити свестан постојања озбиљног (претећег) ризика неспособности плаћања у ближој будућности.

Нека страна права познавала су или познају и строжији третман права на повраћај зајма, почев од недопуштености истицања захтева за повраћај у стечајном поступку, до изједначавања тог права (његове конверзије) у право члана/акционара на деобу ликвидационог (стечајног вишка).²⁰

VI Закључак

Према чл. 10 ст. 1 Кодекса пословне етике, етичко понашање у пословним активностима заснива се на поштовању закона, других прописа, уговора између привредних субјеката и обичаја. Забрањено је вршење права из пословних односа противно циљу због кога је оно законом установљено или признато (чл. 12 Кодекса). Сходно чл. 66 Кодекса, привредни субјект мора својим привредним активностима да допринесе друштвеном развоју.

Анализом императивних законских одредаба ЗПД и ЗС у раду указали смо на битне случајеве повреде дужности одговорних лица према друштву, али и на повреде законских обавеза у корист привредног друштва, а на штету поверилаца или, чак, на штету ужег или ширег јавног интереса.

Сви наведени случајеви законом су предвиђени разлог престанка друштва, под одговарајућим условима. Одредбама ЗПД о престанку друштва због повреде закона или јавног интереса, међутим, није „удахнут живот“, јер није уређен процесно-институционални механизам за покретање принудне ликвидације привредног друштва у јавном интересу. Због тога се, сасвим оправдано, може поставити и питање ефективности одредаба чл. 63–68 Закона о одговорности правних лица за кривична дела.

20 О томе видети у чланку: Dirk A. Verse, „Shareholder Loans in Corporate Insolvency – A New Approach to an Old Problem“, *German Law Journal*, Vol. 9 No 9–1 September 2008 (HTML-Offprint).

Vanja SERJEVIĆ
Assistant Judge, Commercial Court of Niš

CONTROL OF THE LEGALITY OF THE BUSINESS ENTERPRISE TRADING AND THE PERSONAL LIABILITY OF DIRECTORS (MANAGERS)

Summary

The focus of the author's research is on the directors' (managers') liability for fraudulent and wrongful trading. On that account, the paper encapsulates the major mandatory duties of directors, prescribed by the statutory rules of the Serbian Business Enterprise Act (BEA), the Insolvency Act, and other statutes. The breaches of those duties are offenses and misdemeanors which are prejudicial to the public interest (i.e. the interests of the suppliers, workers, consumers, society as a whole).

Analysing the pertinent statutory provisions, the author draws attention to the important downside of the BEA – the lack of the comprehensive procedural and institutional mechanism for the administration of the “PIL” – public interest liquidation, i.e. public interest winding-up.

The author's comments and suggestions, presented in the paper, are in line with her espousal of the principles of the rule of law and of the socially responsible corporate governance. However, she concludes that the strictness of the law-abiding principle is not an end in itself. It has a much broader implication and the judge must be able to apply a “balancing approach”, i.e. a rule of reason, in order to avoid stifling the necessary business risk associated with entrepreneurship.

Key words: *directors, management, business enterprise, responsibility, public interest, winding-up.*