

Адриана МИНОВИЋ

Марко МАТОВИЋ*

ИНСТИТУТ ПРОБИЈАЊА ПРАВНЕ ЛИЧНОСТИ И ЊЕГОВА ПРИМЕНА ПРИЛИКОМ ПРОШИРЕЊА АРБИТРАЖНИХ СПОРАЗУМА/КЛАУЗУЛА НА НЕПОТПИСНИЦЕ

Резиме

Пробијање правне личности омогућава занемаривање правној субјективнијетиа компаније у ситуацијама које представљају злоупотребу својства правној лица компаније. Тиме се омогућава да се занемари ораничена одговорност код друштва киниала и да се из разлоја правности та одговорност прошири на лица која су злоупотребила ту ораничену одговорност. Бавећи се анализом и применом овој инстиутиа аутори су се ирудили да из ишо више улова осмаирају и образложе овај инстиути, и шо су иокушали да учине одоварајући на низ иишања. У шом контексиу су се бавили теоријским схваћањима о инстиутиу пробијања правне личности, формама код којих се може применити, иишањем одговорности у случају примене, самим осиуи-ком пробијања правне личности, случајевима примене овој инстиутиа код нас и у уоредној пракси, иид. Такође, имајући у виду налу експанзију међународне тровине и ојаве све веће броја мултинационалних компанија, овај инстиутиу иочиње да налази своје место и у оквирима међународне сцене. С обзиром на шо да арбитражни начин решавања спорова у иоследње време иреовлађује кад је у иишању

* Студенти Правног факултета Универзитета у Београду који су добили награду за најбоље урађен рад из области компанијског права на конкурс Фонда „Професор др Мирко Васиљевић“ за школску 2011/2012. годину.

решавање међународних прџовинских спорова, аутори су покушали да прикажу значај и примену овој инстџицији и у овом сеиментиу кроз ишћање проширења арбиџражних споразума/клаузула на нејојџиснице. У светилу тога аутори су се бавили ишћањима домашаја арбиџражної споразума, теоријама о проширењу арбиџражних споразума, применом овој инстџицији ириликом проширења арбиџражних споразума, ишд. На крају анализе проширења арбиџражних споразума/клаузула на нејојџиснице применом докџрине о иробијању иравне личности, доџакли су се и ишћања ирзнања и извршења конкретне арбиџражне одлуке. У том контексти аутори покушавају да укажу на иошеницијално решење овој ирроблема применом хибридной иррисији.

Кључне речи: иробијање иравне личности, одговорности, арбиџражни споразум, проширење дејства, судска ирракса.

I Настанак, појам и предмет пробоја правне личности

Пробијање правне личности се најчешће дефинише тако што се сматра да је „пробијање правног субјективитета компаније судско занемаривање (неуважавање), злоупотребљеног својства правног лица компаније, у одређеној парници по тужби заинтересованог лица у циљу отклањања штетних последица злоупотребе“.¹ Овим институтом се омогућава да се занемари ограничена одговорност код друштва капитала и да се из разлога правичности та одговорност прошири на лица која су злоупотребила ту ограничену одговорност. Иако се на први поглед чини да овај институт брише разлику између друштва, лица и капитала, оно што треба схватити је то да он само потврђује да је правни субјективитет друштва капитала правило, а пробијање правне личности изузетак.²

У покушају да свеобухватно објаснимо овај институт и његов значај и примену, пробаћемо да, пролазећи кроз доле наведене целине, одговоримо на неколико питања као што су: У којим околностима је настала потреба за увођењем института пробоја правне личности? Које су методе овог института, као и последице његове примене? Каква је позиција науке и праксе у односу на овај институт? И како се он из поља примене компанијског права проширио и на друга поља привредног права, као што је арбитражно право?

1 Небојша Јовановић, „Пробијање правног субјективитета компаније“, *Правни жи-вои*, бр. 10/1997, стр. 867.

2 Јелена Драговић, *Правно-економска анализа ирробоја иравне личности*, маг. рад, Београд, 2010, стр. 7.

Пробој правне личности (*piercing the corporate veil, lifting the corporate veil*) први пут се спомиње средином XX века, тј. 60-их, 70-их година и то на подручију држава англосаксонског права, а у писаној форми у делу Гауера и то у првом издању дела *Основи о савременим компанијама*, објављеном 1954. године.³ Пробој правне личности је настао као продукт праксе судова англосаксонског права, односно као потреба заштите основних начела пословања као што су добри обичаји (*bona fides*), начела правичности, као и заштите поверилаца од несавесног поступања дужника. Стога се и један од првих и најзначајнијих случајева примене института пробијања правне личности везује за енглеско правосудје, и то у поступку *Salomon v. Salomon and Co. Ltd.* из 1897.⁴

Саломон је био трговац (предузетник) и одлучио је да промени ову форму привредног друштва у акционарско друштво. Сходно енглеским прописима који су предвиђали да је за оснивање акционарског друштва потребно минимално седам оснивача, Саломон је поред себе укључио своју жену и петоро деце. Стварни оснивач је био заправо само Саломон, док су остали оснивачи имали по једну акцију од по једне фунте. Касније, када је акционарско друштво запало у кризу, и када је покренут поступак ликвидације (стечаја), необезбеђени повериоци тражили су од суда да поред компаније њима одговара и стварни оснивач Саломон, будући да се ради само о тзв. компанији и да је она радила само као Саломонов агент (заступник). Суд је у првој инстанци дао за право обичним повериоцима а ту одлуку је потврдио и Апелациони суд само са другим мотивима. Међутим, Дом лордова је одлуку оборио. Без обзира на коначан исход овог случаја, он је утро пут овом институту и одсликава његову суштину. Иако је институт пробијања правне личности продукт судске праксе англосаксонског правосудја, он свакако налази своје место и у законодавном режиму континенталног права и омогућава поштовање основних принципа пословања, као и поштовање неких од основних правних начела. Свакако најширу примену је добио у земљама тржишне привреде у којима су оснивачи нарочито обраћали пажњу при избору форме за оснивање предузећа, како би омогућили остваривање што већег профита, а да пак њихова лична имовина остане одвојена од имовине предузећа које оснивају.

Поред регулисања пробијања правне личности законом, он је као институт ушао у правни систем земаља континенталног права и кроз институт фидуцијарне дужности тј. рада у интересу друштва. Веза та два

3 Laurence Cecil Bartlett Gower, *The Principles of Modern Company Law*, London, 1954.

4 L. C. B. Gower, *The Principles of Modern Company Law*, 5th edition, London, 1992, стр. 124.

института се огледа у томе што закон прописује да сва лица која имају установљене дужности према привредном друштву бивају обухваћена овом дужношћу, укључујући и контролне чланове и акционаре. Од њих се „захтева“ да делују савесно и у „најбољем интересу компаније“, а не у личном интересу.⁵ Закључујемо да се правилним тумачењем одредбе о фидуцијарној дужности могу постићи исти ефекти као и применом института пробоја правне личности, када дође до повреде дужности и лојалности.

Приликом оснивања предузећа као оснивачи се могу јавити било правна било физичка лица. Од избора форме зависиће и одговорност оснивача за обавезе предузећа, а самим тим и потенцијална примена института пробијања правне личности. У компанијском праву разликујемо као форме предузећа, друштва лица и друштва капитала. Друштва лица јесу ортакчо и командитно друштво, а друштва капитала чине друштво са ограниченом одговорношћу (ДОО) и акционарско друштво (АД). У сфери одговорности за обавезе предузећа, код друштва лица, чланови одговарају неограничено солидарно, док код форме друштва капитала, одговарају у границама својих улога. Сходно карактеристикама одређених форми предузећа, можемо приметити да је за осниваче далеко повољнија форма друштва капитала. Главна карактеристика друштва капитала је одвојеност имовине оснивача од имовине предузећа, те стога предузеће одговара својим повериоцима искључиво својом имовином, а оснивачи само до висине својих улога. Оваква форма предузећа је врло подобна разним злоупотребама од стране оснивача, и управо у тим ситуацијама, значајну улогу игра институт пробијања правне личности. Дакле „власници (оснивачи, акционари, чланови) ових форми предузећа заштићени су ‘оградом-велом’ њихове правне личности, што је у принципу правна гаранцијска брана да повериоци предузећа уђу у ‘забран’ њихове персоналне имовине (независно да ли је реч о правним или физичким лицима)“.⁶

Како би се обезбедила адекватна заштита трећим лицима, повериоцима предузећа, кроз судску праксу се развио институт пробоја правне личности који омогућава повериоцима да се наплате из имовине оснивача. Професор Васиљевић наводи да „правни субјективитет предузећа типа друштва капитала ипак није увек непробојан зид за повериоце предузећа. У ствари, овај зид је непробојан ако се правна личност предузећа не користи за законом недозвољене циљеве (оштећење поверилаца, мешање имовине са имовином власника, разне преварне

5 Мирко Васиљевић, *Компанијско право*, Београд, 2009, стр. 137.

6 Мирко Васиљевић, „Пробијање правне личности – piercing the corporate veil“, *Правни живот*, бр. 11/1995, стр. 17.

радње и слично). У противном, диже се ограда-вео правне личности и улази се на терен неограничене одговорности власника предузећа за обавезе предузећа типа друштва капитала, чиме се бришу компаративне предности ове форме предузећа над формама типа друштва лица.⁷

1. Теоријска схватања о пробијању правне личности

Бројни аутори су се бавили, а и данас се баве, пробијањем правне личности и улогом тог института, као и његовом потребом. Као и небројено пута у правној науци, наилази се на дијаметрално супротне ставове. Од става да је институт неопходан и да обезбеђује додатну заштиту, стабилност у пословању и примени права сходно принципима добрих обичаја, до тога да је институт превише арбитран и да одбија упуштање правних субјеката у инвестиције сопственог капитала, сматрајући их ризичним због постојања поменутог института. Поборници доктрине пробијања правне личности се слажу да је неопходно сачувати строге стандарде за примену поменуте доктрине како би се очувала ограничена одговорност као правило, а пробијање правне личности остало као изузетак. Аутори који су за укидање тврде да је неопходно још више радити на ојачавању ограничене одговорности и то укидањем пробијања правне личности. Они наводе да ова доктрина не пружа јасне и прецизне критеријуме у којим ситуацијама се овај институт има применити, већ је заснована на факторима које судови морају да узму у обзир при одређивању да ли је у питању кршење корпоративног облика или не. Стандарди по којима се врши пробој правне личности остављају велики простор за дискреционо поступање судија, а што за резултат има несигурност код инвеститора.⁸

У француској теорији доминантна је теорија фикције. Полази се од неограничене одговорности власника (акционара и чланова) под одређеним претпоставкама и чланова управе друштва. Наводи се да услед разних преварних радњи које служе личном интересу, као што су располагања имовином правне личности као својом, у случају злоупотребе имовине, расипање активе или преварног повећања пасиве „правна личност се сматра фикцијом, те се право не зауставља пред механизмом правне личности коју је само креирало, већ дизањем његовог вела упућује ка стазама неограничене одговорности власника, а под одређеним претпоставкама и чланова управе друштва, који нису власници истовремено“.⁹ У италијанској теорији је развијена теорија „скри-

7 М. Васиљевић, *нав. чланак*, стр. 18.

8 Ј. Драговић, *нав. дело*, стр. 23.

9 Andre Tunc, *Le droit anglais de sociétés anonymes*, Paris, 1978, стр. 42.

веног предузетника“ који се крије иза субјективитета друштва или и субјективитета друштва и лица које даје своје име друштву, а све користи из пословања друштва ужива тај фактички *dominus*, а заузврат свој ризик пословања друштва своди само на уложени капитал, који је по правилу мали и недовољан.¹⁰

У немачкој и швајцарској теорији из праксе судова се развила теорија привредног идентитета друштва капитала и његових чланова, јер „где постоји такав идентитет, позивање на одвојеност представљало би злоупотребу права или би се тиме чинила очита повреда интереса трећих лица који заслужују да буду заштићени“.¹¹ У енглеској теорији најчешће се прибегава установи *agensy*, будући да се узима да је компанија (друштво капитала) у случају злоупотребе правног субјективитета *mere facade* и да је она тада овлашћени агент својих акционара или чланова, физичких или правних лица. Ситуацију примене установе *agensy* нам најбоље осликава поменути случај Саломон. Развијена је и теорија „економског јединства“. У САД теорији се уз теорију „економског јединства“ често могу чути аргументи правичности који се користе у објашњавању института пробијања правне личности са теоријског аспекта. „Овде се у основи ради о транспарентности друштва капитала. Ограда-вео правне личности друштва капитала и даље мора остати правило, те тиме и одвојеност његовог субјективитета од субјективитета власника (правних или физичких лица), а самим тим и одвојеност одговорности.“¹² Али свакако, стожер института пробоја правне личности, не само везано за теорију САД-а, већ уопште везано за нит која чини поменути институт неопходним, објашњава професор Васиљевић речима да, „ипак, ова правна ортодоксност, (мислећи на вео правне личности као правило), мора устукнути пред узвишеним мачем правичности и тиме потребе довођења у склад са економским фактима (помирење правног и фактичког)“.¹³

2. Форме код којих се може применити институт пробијања правне личности, одговорност у случају примене и дејства примене

Као што је напоменуто излагањем о настанку и потреби института пробијања правне личности, форме предузећа погодне за пробијање правне личности су форме друштва капитала (ДОО и АД). Свако за-

10 Guglielmo Saffirio, *Instituzioni di dritto commerciale*, Bresso (Mi), 1984, стр. 233–248 и 296–298.

11 Јакша Барбић, *Право друштва*, књ. 1, опћи дио, Загреб, 2008, стр. 337–338.

12 М. Васиљевић, *нав. чланак*, стр. 22.

13 М. Васиљевић, *нав. чланак*, стр. 22.

интересовано лице које је оштећено занемаривањем правне личности друштва капитала има право да пробија правну личност тог друштва, јер његови акционари и чланови по закону не одговарају за обавезе друштва неограничено солидарно својом имовином, већ само у границама својих улога. За разлику од њих, оснивачи код друштва лица подвргнути су неограниченој одговорности за обавезе друштва па је примена института пробијања правне личности непотребна.

Посебну ситуацију представља примена овог института код командитног друштва, с обзиром да је одговорност командитора уређена другачије него одговорност комплементара. Комплементари одговарају неограничено солидарно за обавезе друштва док командитори одговарају до унетог улога. Међутим, законодавац прописује ситуацију у којој командитор одговара неограничено солидарно за обавезе друштва, и то ако се његово име, уз његову сагласност, налази у пословном имену друштва.¹⁴ На овај начин се постиже неограничено солидарно регулисање одговорности командитора и тиме се на ефикаснији начин штите повериоци.

У пословној пракси се најчешће налази на случајеве пробијања правне личности једночланих друштава капитала јер се она најлакше и злоупотребљавају. Ово произлази из чињенице да друштво чини само један члан, односно акционар, и да друштво има својство правног лица те да самим тим за обавезе друштва одговара друштво само. Сходно карактеристикама једночланог друштва, одлуке доноси тај један члан, уз обавезу регистрације одлука. Имајући у виду изнете особине овог друштва можемо закључити да постоји велики степен потенцијалне опасности повериоца у виду немогућности реализације својих потраживања због мешања имовине друштва са имовином оснивача.¹⁵ Све то нам указује на неопходност института пробијања правне личности и у овој форми друштва. Међутим, поента института пробијања правне личности се не може и не треба огледати само у домену заштите поверилаца једночланог друштва, нити поверилаца било којег облика предузећа друштва капитала, већ се мора гледати кроз призму правичности и заштите основних правила доброг пословања.

Када говоримо о одговорности у случају успешног пробијања правне личности, ту у ствари мислимо на лица против којих се може поднети тужба и од којих се у крајњој инстанци можемо и наплатити. У упоредној пракси преовлађују два система кад је у питању одговорност одговорних лица:

14 Закон и привредним друштвима (*Службени гласник РС* бр. 36/2011; даље у фуснотама: ЗОПД, 2011), чл. 135; Закон о привредним друштвима (*Службени гласник РС*, бр. 125/04; даље у фуснотама: ЗОПД, 2004), чл. 102.

15 Ј. Драговић, *нав. дело*, стр. 15.

1. континентални приступ, у којем одговорна лица (тужени) могу да буду само чланови друштва капитала (ужи концепт);
2. англосаксонски приступ, који допушта да поред чланова компаније, одговорна лица буду и руководиоци компаније, али и трећа лица (шири концепт).

Анализирајући наше законодавне оквире може се приметити да је овај круг лица временом варирао. Па тако Закон о предузећима из 1988. године као одговорна лица предвиђа само власнике једночланих привредних друштава.¹⁶ Већ Законом о предузећима из 1996. године тренд се мења, и као одговорна лица предвиђају се оснивачи, чланови и акционари, чланови управе и извршног одбора директора.¹⁷ Закон о привредним друштвима из 2004. године сужава број лица на командиторе, чланове ДОО и акционаре,¹⁸ мада неке стварне штете и нема, јер постоји низ других одредби у Закону о привредним друштвима којима се може постићи исти ефекат као и овим институтом. Један од њих је фидуцијарна дужност, која предвиђа обавезу одговорних лица да раде у интересу друштва и којом се исто омогућава неограничена солидарна одговорност у изузетним ситуацијама. Закон о привредним друштвима из 2011. године додаје међу одговорна лица и законског заступника и из његовог приступа може се видети да прихвата англосаксонски концепт.¹⁹ Треба напоменути да теоријска подела на континентални и англосаксонски приступ све више губи значај јер су данас јасне границе, када говоримо о одговорним лицима у случају пробијања правне личности, избрисане. Све учесталије се јављају мешовити приступи, у зависности од правног система који се посматра.

Дејство успешног пробијања правне личности се огледа управо у занемаривању истог и намирењем поверилаца од лица које је одговорно за одређено противправно поступање. Кроз санкције које изрекне суд лица бивају обавезна да надокнаде штету нанету трећем лицу, а свакако бивају и неограничено солидарно одговорна за обавезе друштва трећим лицима. Али овде треба напоменути да то правно дејство пробијања правне личности друштва капитала има и своје материјалноправне и процесноправне границе. Материјалноправне границе се састоје у томе да се правни субјективитет друштва не гаси у целости и трајно. Судско занемаривање правног субјективитета друштва је само тренутно и у конкретном случају, а ради отклањања штетних последица. Процесноправне границе правног дејства пробијања правне личности, с друге стране,

16 Закон о предузећима (*Службени лист СФРЈ*, бр. 77/88), чл. 140а.

17 Закон о предузећима (*Службени лист СРЈ*, бр. 29/96), чл. 54.

18 ЗОПД, 2004, чл. 15.

19 ЗОПД, 2011, чл. 18.

могу да буду објективне и субјективне. Објективне се односе на предмет спора, док се субјективне односе на парничне странке. Објективне границе подразумевају да суд може да изрекне само санкцију коју тужилац захтева и то у висини на коју гласи тужбени захтев. Због тога санкција производи правно дејство само у конкретном случају злоупотребе из кога је настао спор. Субјективна граница подразумева да санкција делује само између тужиоца и туженог, тј. лица која су наведена у тужби.

3. Нормативни оквири института пробијања правне личности у Србији

У српској теорији се институт пробоја правне личности први пут јавља у Закону о предузећима из 1988. године који усваја теорију скривеног предузетника. Према тој теорији се прави разлика између бенефиција које ужива предузетник у оквиру пословања и ризика пословања, који је ограничен на уложени капитал. Нагласак је на несразмерности уложеног капитала и извучене користи од пословања предузећа. За разлику од закона из 1988. године, Закон о предузећима из 1996. године усваја теорију злоупотребе и теорију економског јединства. Теорија злоупотребе подразумева одређено понашање којим се злоупотребљава правни субјективитет компаније и које може представљати како субјективну тако и објективну злоупотребу. Субјективна злоупотреба је присутна када постоји намера о изигравању поверилаца. Постојање објективне злоупотребе је условљено ситуацијом мешања личне имовине власника предузећа са имовином предузећа, али без намере власника да оштети повериоце, већ као резултат лошег пословног подухвата. За разлику од теорије злоупотребе, теорија економског јединства подразумева жељу законодавца да учини одговорним руководиоце који су поступали са имовином предузећа супротно прописима, као да је лично њихова и тиме су створили привид економског јединства са компанијом.²⁰

Како бисмо приказали становиште законодавца данас у Србији, упознаћемо се са нормама Закона о привредним друштвима из 2004. године и Законом о привредним друштвима из 2011. године који је почео да се примењује од 1. фебруара 2012. године. ЗОПД из 2004. године усваја како теорију злоупотребе (ако се злоупотреби привредно друштво за незаконите или преварне циљеве) тако и теорију економског јединства (уколико се имовином привредног друштва располаже као сопственом имовином, као да привредно друштво као правно лице не постоји). У случају успешног пробоја правне личности у сфери одговорних лица прихвата континентални приступ и наводи да су одговорни командитори командитног друштва, чланови друштва са ограниченом

20 Ј. Драговић, *нав. дело*, стр. 30.

одговорношћу као и акционари акционарског друштва, ако су кумулативно испуњени следећи услови:²¹

1. злоупотреба привредног друштва за незаконите или преварне циљеве;
2. ако се имовином привредног друштва располаже као са сопственом имовином, као да привредно друштво као правно лице не постоји.

Законом о привредним друштвима из 2011. године у члану 18. наводе се лица која одговарају у случају пробоја правне личности и ту се види да се законодавац вратио на став из Закона о предузећима из 1996. године и уврстио законског заступника као лице против којег се може подићи тужба због пробоја правне личности. Њихова одговорност бива везана за случај злоупотребе правила о ограниченој одговорности и сматраће се да постоји злоупотреба из члана 18, став 1 овог члана ако то лице:²²

1. употреби друштво за постизање циља који му је иначе забрањен;
2. користи имовину друштва или њоме располаже као да је његова лична;
3. користи друштво или његову имовину у циљу оштећења поверилаца друштва;
4. ради стицања користи за себе или треће лице умањи имовину друштва, иако је знало или морало знати да друштво неће моћи да извршава своје обавезе.

Као што можемо запазити, приметна је тенденција да институт правне личности налази своје место у законским оквирима српског правног система и да се, како Закон из 2004. године тако и Закон из 2011. године, труде да дају значај институту пробијања правне личности.

4. Поступак пробијања правне личности

Санкције за пробијање правне личности изричу се на захтев овлашћеног лица. Захтев се изриче у облику тужбе или приговора, када је оштећеник тужен. Поверилац друштва може поднети тужбу суду у року од шест месеци од сазнања за злоупотребу или у року од пет година

21 ЗОПД, 2004, чл. 15.

22 ЗОПД, 2011, чл. 18.

од дана злоупотребе. Тужба се подноси суду према седишту друштва.²³ Лице овлашћено да захтева пробијање правне личности друштва је сваки поверилац, а не само онај коме друштво не може да подмири обавезу. Поверилац може да бира против кога ће поднети тужбу: против друштва, против друштва и свих његових чланова, против друштва и неких чланова или само против неких чланова. Ако поверилац подигне тужбу против члана друштва и у свом захтеву не успе или ако подигне тужбу против друштва и његовог члана, па успе само против друштва, дужан је да члану надокнади тиме причињене трошкове. На тај начин се спречава олако и лакомислено утуживање чланова друштва.

5. Случајеви пробијања правне личности у упоредном праву

Кад је реч о ситуацијама у којима су судови из различитих земаља дозвољавали промену овог института, овде ћемо покушати да класификујемо неколико најтипичнијих.²⁴ Првенствено то су случајеви објективне и субјективне злоупотребе правног лица (разлика се огледа у намери оштећења поверилаца), случајеви преваре или незаконитих понашања, случајеви када се „скида корпоративни вео“ како би се отклонила неправда.²⁵ За време светских ратова нарочито су били учестали случајеви када компанија, која има домаћу националност, ефективно контролише физичка и правна лица непријатељске државе у рату. Суд је тада изрицао санкцију пробоја правне личности како би спречио трговину са непријатељем која је забрањена.²⁶

Затим ситуације када компанија послује са мање од два члана у периоду дужем од шест месеци. Тада ће за обавезе да одговара неограничено солидарно њен преостали члан, ако је свестан да је једини члан и ако су те обавезе настале у време када је он водио пословање те компаније.²⁷ Следи ситуација када компанија почне да послује пре него што добије решење о упису оснивања или проширивања делатности од стране надлежног органа. Реч је о пуноважним пословима, али ако компанија не испуни предузете обавезе у року од 21 дана након позива, ангажује се *ex lege* неограничена солидарна одговорност њених чланова управе за губитак или штету проузроковану лицима којима обавеза није испуњена.²⁸ Такође, веома распорострањена је и ситуација

23 ЗОПД, 2011, чл. 18.

24 Ј. Драговић, *нав. дело*, стр. 52–58.

25 Anderson, Twomey, *Bussines Law*, Cincinnati, 1987, стр. 815.

26 Alan Dignam, John Lowry, *Company Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006.

27 М. Васиљевић, *нав. дело*, стр. 78.

28 М. Васиљевић, *нав. дело*, стр. 79.

злоупотребе компанијског имена тј. када се једини члан или акционар једноперсоналног друштва капитала служи истом адресом, меморандумом, па и компанијским именом у форми друштва, обављајући исту делатност као и друштво, и то на тај начин што једном обавља посао у своје име, а други пут у име друштва.²⁹

У одређеним случајевима групи компанија (матична компанија и зависне компаније) признаје се економски ентитет, што може бити разлог пробијања корпоративног вела некој од њених чланица. Матична компанија ће бити одговорна за зависна друштва и поред одвојеног правног субјективитета ако је: зависно друштво у потпуном власништву матичног друштва; зависно матично друштво делује као јединствен економски субјект; нема јасног разграничења које су трансакције матичне компаније, а које су трансакције зависне компаније; када постоје услови за јединствен консолидован биланс групе компанија.³⁰

Као што се може видети, ситуације у којима се дозвољава пробој правне личности су веома разноврсне и варирају од ситуација које захтевају намерне фrawdолозне радње, преко занемаривања корпоративних формалности, до немогућности разграничења правних идентитета у оквиру група компанија и многе друге. Непрактично је зато упуштати се у таксативно дефинисање тих ситуација, јер је примена овог института зависна од чињеничне грађе сваког посебног случаја, те стога ова набрајања могу бити само примери – показатељи неких типичних ситуација.

6. Судска пракса судова у Србији

Кад је реч о примени института пробоја правне личности од стране судова у Србији, примећени су почеци примене неколико година од ступања на снагу Закона о предузећима из 1988. године. Тај закон је и уједно први закон који овај институт уводи у правни живот Србије. Први предмети се пред Врховним судом појављују тек 1995. године. Од тада се примећује пораст примене института пробоја правне личности од стране српског правосуђа, али ипак, може се истаћи, у недовољној мери. Од 2000. године је примећен осетан тренд пораста броја предмета који су се односили на пробијање правне личности.³¹

У периоду деведесетих година био је присутан велики број преварних радњи у пословању штедионица и тада је дошло до значајнијег

29 Ј. Драговић, *нав. дело*, стр. 57.

30 ParagraphLex, „Институт пробијања правне личности – средство заштите поверилаца против несавесних дужника“, коментар, 2009, стр. 1.

31 Ј. Драговић, *нав. дело*, стр. 134.

пораста броја случајева у вези са пробојем правне личности у односу на ове ситуације. Тако је у једној пресуди првостепеног суда прво био донесен неправилан закључак да је тужбени захтев против оснивача и директора штедионице неоснован, јер је над штедионицом отворен стечајни поступак, те тужиља има право да своја потраживања пријави у том поступку.³² Тај исти став је био потврђен и од стране другостепеног суда да би тек други суд, у другом случају изјашњавајући се по истом основу, заузео другачије, исправно становиште да: „власник приватне штедионице, ако је њен једини власник и ако је својим радњама или мешањем своје имовине са имовином штедионице код других створио привид идентитета са штедионицом, одговара за дугове штедионице према повериоцима неограничено солидарно.“³³

Непоштовање корпоративних формалности такође може бити разлог за примену овог института. О томе је и одлучивао Окружни суд у Ваљеву у предмету Гж. бр. 1139/04 од 2.11.2004. године³⁴ где је туженом био терет доказивања да није мешао своју имовину и имовину свог предузећа, уколико није испунио законске обавезе у погледу чувања и предаје стечајном управнику документације о пословању предузећа. Одговорно лице је дужно да у случају отварања редовног поступка ликвидације или поступка стечаја, пословне књиге и књиговодствене исправе записнички достави ликвидационом, односно стечајном управнику, а сличну обавезу прописује и члан 19, став 1 Закона о рачуноводству. У поступку је утврђено да тужени као власник није извршио своје законске обавезе и тиме је онемогућио доказивање чињенице да ли је мешао личну имовину са имовином предузећа. Сходно томе је суд одлучио да тужени одговара неограничено солидарно за обавезе предузећа.

Када говоримо о нашој судској пракси и тренутном стању, иако је од почетка била приметна опрезност и избегавање судова да примене институт пробијања правне личности, можемо исто тако приметити да се ипак број пресуђених случајева знатно повећао. Иако судови највероватније очекују нешто детаљније законско регулисање института пробоја правне личности како би имали смелости да га учесталије примењују, таква очекивања не треба охрабривати јер сама есенција овог института и лежи баш у *ad hoc* тумачењима суда.

32 Пресуда Трећег општинског суда у Београду, П. бр. 4144/93, од 29. јуна 1994. године, у: *Избор судске праксе*, бр. 5/95, стр. 41–42.

33 Пресуда Општинског суда у Врњачкој Бањи, П. бр. 633/94, од 24. новембра 1994. године, у: *Избор судске праксе*, бр. 5/95, стр. 46.

34 Пресуда Окружног суда у Ваљеву, П. бр. 1139/04, од 2. новембра 2004. године.

II Ширење улоге института пробоја правне личности и његова примена у арбитражном поступку

Како се технологија све брже развија, исто тако се правна наука и закони развијају у складу са временом. Постало је свима јасно да модерна тржишна привреда укључује трговину на различитим тржиштима, где владају пак различити закони. Све присутнији је тренд ширења мултинационалних компанија и самим тим правни саобраћај постаје све гломазнији са бројним обавезама које штите учеснике тог саобраћаја и обезбеђују његово функционисање у складу са правом и добрим обичајима. Пробијање правне личности је свакако изузетак, али уједно и брана која чува повериоце од разних злоупотреба правног субјективитета предузећа зарад личних амбиција оснивача и менаџмента.

Развијањем потребе решавања спорова алтернативним методама, као што је арбитражни метод који омогућује привредним субјектима велику уштеду у времену, али и у новцу. Овај метод решавања спорова је посебно почео да преовлађује међу међународним и мултинационалним привредним субјектима којима је ово од огромне важности за ефикасно пословање, па је тако и институт пробијања правне личности почео да налази своју примену и овде кроз питање проширења арбитражних споразума/клаузула на непотписнице. Овде се питање поставља у процесној фази, која претходи решавању материјалних проблема, а то је да ли је могуће увући компанију која није потписница арбитражног споразума/клаузуле на основу теорије о пробијању правне личности и самим тим је уопште укључити у решавање материјалних питања?³⁵

1. Домашај арбитражног споразума/клаузуле

Арбитража као форма алтернативног решавања спорова је базирана на принципу сагласности странака, тј. њен неопходан елемент је да су се странке слободном вољом сагласиле да свој спор реше овим путем. Стога, да би уопште отпочео арбитражни поступак, неопходно је да постоји валидан арбитражни споразум или клаузула. Такав споразум/клаузула има свој субјективни и објективни домашај који се односе на то да може да везује само странке које су га закључиле и да обухвата само односе које су странке предвиделе у њему. Неиспуњење ових услова је један од разлога за непризнавање или поништење арбитражне одлуке, стога трибунали морају да пазе на ове околности.³⁶

35 Michael Mraz, „Extension of arbitration agreement to non-signatories: some reflections on Swiss judicial practice“, *Annals FLB – Belgrade Law Review*, Year LVII, 2009, No. 3, стр. 61.

36 Гашо Кнежевић, Владимир Павић, *Арбитража и АДП*, Београд, 2009, стр. 58.

Питање ко је странка у арбитражном споразуму у почетку је свакако било питање чији се одговор налазио у захтеву писмене форме, и самим тим ко је потписао споразум (незавршено и неразумњиво). На тим основама и почива решење из Њујоршке Конвенције о признању и извршењу страних арбитражних одлука, која услов писмене форме садржи у свом другом члану.³⁷ Међутим, временом се у пракси показало да би такав услов који захтева само писмену форму био превише ригидан и стога се јављају схватања која вољу странака да реше спор арбитражом истичу у први план, занемарујући писмену форму и питање потписа. То је већ потврђено у амандманима Унцитрал модел Закона о међународној трговачкој арбитражи из 2006, а исту логику следи и Препорука Унцитрала у вези са тумачењем члана два Њујоршке Конвенције.³⁸ Овакво тумачење доводи до тога да арбитражни споразум/клаузула може обухватати не само странке које су га потписале него и странке које нису потписнице, ако се на основу неких других показатеља може закључити да су пристале да буду странке у односу на конкретни споразум. Циљ оваквих тумачења је да се утврди права воља странака да учествују у поменутој арбитражи, која је основ за отпочињање арбитражног поступка, која може бити изражена и прећутно и конклюдентно, а у неким ситуацијама то је могуће учинити чак и без воље странке.³⁹

2. Теорије о проширењу арбитражних споразума/клаузула на непотписнице

Проширење арбитражних клаузула на непотписнице, иако налази назнаке у поменутиим међународним документима, ипак није регулисано ни у једном међународном документу који се односи на арбитражу и стога их треба сагледати у светлу многих теорија које оправдавају проширење арбитражних споразума/клаузула. Кад говоримо о теоријама о проширењу арбитражног споразума/клаузула, одмах на почетку треба се оградити од објашњавања класичних института грађанског права као што су: агентура, асигнација, суброгација итд. Иако неки аутори сматрају да и ове ситуације потпадају под ову проблематику, овде се неће обрађивати јер сматрамо да су то веома јасне ситуације у којима

37 Уједињене нације, *Њујоршка Конвенција о признању и извршењу страних арбитражних одлука*, 1958, члан 2.

38 Унцитрал, *Модел Закона о Међународној Трговачкој Арбитражи са амандманима*, 2006, чл. 7; Унцитрал, *Препорука у вези са тумачењем члана два став два и члана седм став један Њујоршке Конвенције о признању и извршењу страних арбитражних одлука*, 39 седница, 7.7.2006.

39 В. Stucki, S. Wittmer, „Extension of Arbitration Agreements to non-signatories“, Paper for the ASA below 40 conference in Geneva, September 2006, стр. 1.

и нема заправо питања да ли имамо пристанак, јер је он сасвим јасан, стога је то пре питање трансфера него проширења арбитражног споразума/клаузула на непотписнице.⁴⁰

Остале теорије могу да се поделе у две групе. Прва група се односи на теорије код којих постоји пристанак странке да буде учесница арбитражног поступка, али је тај пристанак дат на прећутан начин, или конклюдентно или на било који други начин који није у писаном облику. Ово су типичне ситуације проширења арбитражних споразума/клаузула где постоји ситуација да странка није потписница споразума, али се на основу њеног понашања може закључити да је дала пристанак да буде странка у споразуму. Најприсутније доктрине у овом контексту су: доктрина група компанија, доктрина о трећој страни – бенифицијару, естопел, итд. Заједничко за све ове доктрине је да постоји прећутни пристанак стране да споразум/клаузула обухвати и њу и да су ове доктрине усмерене на откривање правих намера странака.⁴¹

У другој групи налазе се теорије које проширују арбитражни споразум/клаузулу на непотписницу али на основу њеног фrawdолозног понашања а не на основу њене воље, јер у суштини непотписница овде и није никад изразила пристанак. Ове теорије представљају изузетак од основног принципа арбитраже, а то је да почива на вољи странака, јер овде вољу немамо, али то одступање се установљава у интересу правичности и спречавања злоупотребе права, преварних и осталих фrawdолозних радњи.⁴² Типични примери су пробијање правне личности, *alter ego* и остале доктрине засноване на основу фrawdолозности.

3. Примена пробијања правне личности приликом проширења арбитражних споразума/клаузула на непотписнице

Све теорије које имају везе са проширењем арбитражних споразума/клаузула, а у себи садрже елемент фrawdолозног понашања, присутне су у скоро свим земљама под различитим називима и махом садрже скоро исте услове са незнатним одступањима. Тако, као што је већ поменуто, у упоредној пракси могу се наћи различити називи за исте

40 M. S. Abdel Wahab, „Extension of arbitration to third parties: a never ending legal guest through the spatial – temporal continuum“, у F. Ferrari, S. Kroll (eds.), *Conflicts of Law in International Arbitration*, European Law Publisher, стр. 146–147; Blaise Stucki, Schellenberg Wittmer, „Extension of Arbitration Agreements to non-signatories“, Paper for the ASA below 40 conference in Geneva, September 2006, стр. 1.

41 Mohamed S. Abdel Wahab, *нав. чланак*, стр. 149, 156, 158.

42 M. S. Abdel Wahab, *нав. чланак*, стр. 160.

институте: *piercing the corporate veil, lifting the corporate veil, alter ego...* Стога их доктрина у области арбитраже такође познаје, а у пракси се и примењују како би се арбитражни споразуми/клаузуле проширили на странке које нису потписнице истих, али из неких других околности и начела правичности треба да се сматрају странком у конкретном поступку.

Кад је реч о пробијању правне личности, као што смо већ објаснили, централно питање које овде треба доказати јесте да је проширење у односу на непотписницу неопходно да би се спречила злоупотреба права, преварна радња или било која фразулозна радња. На конкретном примеру једног случаја из Швајцарске то се може боље сагледати. Швајцарски грађанин и британска компанија, чији је једини власник и акционар лице X, закључили су уговор о продаји, по ком је швајцарски грађанин испунио своју обавезу а британска компанија је у међувремену ликвидирана и није намирила свој дуг по овом уговору. Уговором између странака је била предвиђена шведска арбитража, иако је швајцарски грађанин поднео спор пред њу. Арбитража није успела, јер је једна странка ликвидирана. Тужилац стога подноси спор швајцарском суду који налази да овде има основа за отпочињање арбитражног поступка, јер арбитражни споразум треба проширити на лице X које је једини акционар британске компаније, зато што је он намерно извршио ликвидацију како би спречио наплату потраживања швајцарског грађанина.⁴³

Америчка пракса такође познаје ову теорија под називом *alter ego*, у којој се као услови јављају како сама фразулозна, преварна радња, тако и висок степен контроле и блиска веза између компанија која доводи до тога да једна компанија дела само као фасада друге компаније. Што се тиче елемента фразулозности, то је већ објашњено у претходним деловима и то су све веома сличне ситуације које ће се свакако ценити од случаја до случаја. Кад је реч о контроли, ту су амерички судови установили листу индикатора која није *numerus clausus*, како би побројали неке од типичних ситуација које указују на испуњеност овог услова. То су, примера ради, исти директори и управни одбор у обе компаније, финансирање зависне компаније од стране матичне, матична компаније исплаћује плате у зависној и покрива њене трошкове...⁴⁴

Као што се може приметити, ову установу познају скоро сва законодавства и махом је заснивају на истим критеријумима, али у сваком

43 Frank Spoorenberg, Isabelle Fellrath Gazzini, *Arbitration Agreements and Piercing the Corporate Veil*, 2009.

44 Такозвана *laundry list* помињана у сличају: *United State of America v. Jon-T. Chemicals, Inc.*, 768F 2d. 686, (5th Cir. 1985).

случају оно што чини њену срж јесте заштита начела правичности. Иако се на први поглед чини да је проблем решен тиме што је могуће увући непотписницу у арбитражу на основу ове теорије, ипак оно што остаје као финални корак је признање и извршење конкретне арбитражне одлуке, а то постаје прави проблем у овом контексту.

4. Проблем признања и извршења арбитражних одлука и хибридни приступ као решење

Ако се арбитражни споразум/клаузула прошири на непотписницу и тиме се донесе арбитражна одлука која ће обухватити и непотписницу као странку у поменутом поступку, остаје проблем примене те одлуке, тј. њеног признања и извршења, јер се у великом броју случајева меродавно право које примењује арбитражни трибунал не поклапа са националним правом земље у којој се одлука извршава. Проблем се конкретно јавља јер у зависности од меродавног права на основу кога одлучује арбитражни трибунал и теорија о проширењу које је у складу с тим применио, где може доћи до ситуације (нарочито то може бити случај ако се одлука извршава у другој земљи од седишта арбитраже) да судови те земље неће признати и извршити ту одлуку јер њихов правни систем не познаје теорије које је применио арбитражни трибунал.⁴⁵ На пример, примена *доктрине о ирџи комџанија* која је настала у француском праву би била проблематична ако би одлука требала да се изврши у Енглеској која ову доктрину експлицитно негира и одбацује.⁴⁶ Оно што се може рећи је да је предност доктрине о пробијању правне личности то што је ова доктрина заступљена у скоро свим правним системима и што су јој услови скоро свугде исти. Имајући у виду да је од случаја *Barcelona Traction Case*⁴⁷ и Међународни суд правде признао њено постојање као једног од правних принципа, тиме је и њена примена и уједначеност услова на међународном нивоу знатно олакшана.⁴⁸

Свакако треба приметити да, кад говоримо о теоријама о проширењу како из једне тако и из друге групе, све оне се заснивају на истим условима који у зависности од правних система у којима се примењују варирају, а неки системи чак и комбинују више тих услова.

45 Yaraslau Kryvoi, „Piercing the corporate veil in international arbitration“, *Global Business Law Review*, Vol. 1:169, 2011, стр. 171, 175; M. Mraz, „Extension of arbitration agreement to non-signatories: some reflections on Swiss judicial practice“, *Annals FLB – Belgrade Law Review*, Year LVII, 2009, No. 3, стр. 55.

46 M. S. Abdel Wahab, *нав. чланак*, стр. 157, 159.

47 ICJ, *Barcelona Traction, Light & Power Co. case*, 5 February 1970.

48 M. S. Abdel Wahab, *нав. чланак*, стр. 160–161.

Кад је реч о пробоју правне личности, ту се говори о фразулозним радњама и поштовању принципа правичности; *alter ego* поред тога захтева и занемаривање одвојености правних индетитета компанија; *ipso facto* компанија тражи јединствен економски ентитет који се манифестује кроз блиску везу и контролу;⁴⁹ *estoppel* онемогућава преклудирање од одговорности ако по истом основу извлачимо и корист, али исто тако се ослања и на елемент погрешне интерпретације и усаглашених неправичних понашања...⁵⁰ Стога се проблем формулисања различитих услова за теорије које почивају на истом основу може најбоље превазићи применом хибридног приступа. Овај приступ рефлектује саму суштину доктрина о проширењу арбитражних споразума/клаузула јер с једне стране задржава њихов *ratio legis*, а с друге стране не тражи да се испуне сви стриктни услови, јер неиспуњење свих услова компензује чињеничном структуром конкретне ситуације која се уклапа у сам *ratio* доктрине у питању. У оваквом приступу чињенице случаја и сам смисао доктрина о проширењу арбитражних споразума/клаузула играју доминантну улогу, а све то у интересу правичности и руковођења правим намерама странака.⁵¹ Према мишљењу професора Цубербулера (*Zuberbuhler*),⁵² овај приступ је од скора нашао упориште не само у доктрини него и у пракси. Амерички судови су у случају *J. J. Rayan & Sons v. Rhone Poulenc Textile SA* уместо примене различитих доктрина засновали одлуку на процедуралној ефикасности, што је у ствари био колективни аргумент за свеобухватно сагледавање чињеница случаја.⁵³ Стога у ситуацији где трибунали могу одлучити на основу *ex aequo et bono* или *amiable compositeur*, примена оваквог приступа би водила креирању решења за установљење међународно признатог приступа, што је од изузетне важности у фази извршења.

III Закључак

Иако се све више у последње време може приметити тенденција да се институт пробоја правне личности регулише са што више детаља,

49 Tang Edvard Ho Ming, „Methods to extend the scope of an arbitration agreement to third party non-signatories“, Research paper LW 4635, стр. 28.

50 Simon Brinsmead, *Extending the application of arbitration clause to third-party non-signatories: which law should apply?*, 2007, стр. 12; *American Bureau of Shipping v. Tencara Shipyard S.P.A.*, 170 F.3d 349 (1999); *International Paper Company v. Schwabedissen Maschinen & Anlagen GMBH* 260 F.3d 411.

51 T. H. Ming, *нав. дело*, стр. 29.

52 Tobias Zuberbuhler, „Non signatories and consensus to arbitrate“, *ASA Bulletin*, бр. 26/2008.

53 *J. J. Rayan & Sons v. Rhone Poulenc Textile SA* 863 F.2d. 315 (4th Cir. 1988).

мишљења смо да такав став може обесмислити постојање овог института. Наиме, институт пробоја правне личности је творевина судске праксе и у свакој конкретној ситуацији га обликује чињенични склоп конкретног случаја. Закони треба да регулишу овај институт, али само његове оквире. Оно што чини смисао овог института јесте чињенична база која треба да следи те оквире, а коју ће у сваком конкретном случају утврдити суд. Овај институт је, подсећамо, уведен као изузетак у односу на стриктно и детаљно прописано правило ограничене одговорности друштва капитала, и као такав представља флексибилни елемент тог склопа који ће се применити само у изузетним ситуацијама и који ће омогућити одступање од ригидног правила ограничене одговорности. Његово детаљно дефинисање би стога довело до обесмишљавања његове сврхе и изједначило би његов приступ са приступом ограничене одговорности, остављајући тиме ову област без имало флексибилности.

Разлози да оквирно дефинисање овог института не остварује правну сигурност правног промета и предвидивости пословања и да доводи до страха код инвеститора, нису довољно чврсти аргументи у прилог детаљном дефинисању овог института. Наиме, оно што доводи до појаве ових негативних разлога јесте недовољна стручност и упознатост судства са овим институтом, који доводе до његове неправилне примене или његове непримене. Стога, оно на чему треба радити како би се остварила правна сигурност јесте едукација у вези са овим институтом, а поготово кроз интеракцију са међународним инстанцама и судовима других земаља, с обзиром на то да овај институт све више поприма међународни карактер, и да покушаји да се уједначено примењује превазилазе територијалне оквире.

Експанзивни и међународни карактер института пробоја правне личности се поготово може видети у чињеници да продире у друге области права, као што је арбитражно право. Нарочито велики значај има приликом примене на проширење арбитражних споразума/клаузула на непотписнице, и тиме ублажава ригидност формалних критеријума арбитражних споразума/клаузула, ослањајући се и следећи природу арбитраже, која је инспирисана флексибилношћу и вољом странака.

Поготово у ситуацијама у којима међународни арбитражни трибунали одлучују и у којима странке саме имају могућност да уговоре мерицадно право, треба инсистирати на примени *ratio legis*-а ове теорије, као и других теорија које се ослањају на њу и следе њену логику, а увек у вези и на основу чињеничног склопа једног случаја. Такав хибридни приступ би дефинитивно довео до лакше усаглашености теоријских оквира

овог института на међународном нивоу, што и треба буде крајњи циљ, јер јасни и усаглашени оквири су оно ка чему треба тежити.

Имајући у виду интернационални карактер међународних арбитражних трибунала, који се огледа како кроз порекло странака, арбитра, тако и кроз место одржавања арбитраже и место извршења одлуке, примена таквих оквира овог института, од стране тих трибунала, би свако свакако још више утицала на њихово ширење и уједначену примену широм света.

Adriana MINOVIĆ

Marko MATOVIĆ

PIERCING THE CORPORATE VEIL INSTITUTE AND ITS APPLICATION UPON EXTENSION OF ARBITRATION AGREEMENTS/CLAUSES TO NON-SIGNATORIES

Summary

Piercing the corporate veil is opening the possibility of disregarding corporate personality in situations where corporate personality of company is abused. Using this institute it is possible to disregard limited liability of a corporation and for the reasons of fairness to extend this liability to the persons who used separate legal personality of a company in order to act fraudulently. Elaborating and analyzing this institute, authors of this paper, were trying to describe and look this institute from various perspectives, and they were attempting to do so by answering numerous issues. In light all previously said they were dealing with theories of piercing of corporate veil, corporate forms in which it can be applied, issue of liability in a case of its application, the very procedure of application of this institute, cases from domestic and comparative practice where this institute was applied, etc. Furthermore, having in mind expansion of international trade and even larger number of multinational companies, this institute is starting to exist in context of international environment. Considering that arbitration is leading when it comes to dispute solution in international trade, authors were trying to present importance and application of this institute in a this field, through the issue of extension of arbitration agreements/clauses to non signatories. In a light of that, authors were writing about scope of arbitra-

tion agreement, theories about extension of arbitration agreements, application of this institute in a situation of extension of arbitration agreements, etc. At the end of this analysis authors were elaboration issue of recognition and enforceability of arbitration award brought based on application of this institute, and that is a big issue in this context. In regard of that authors are trying to find potential solution in application of hybrid approach. That kind of approach would on their modest opinion, lead to the easier harmonization of theoretical frameworks of this institute on international level and by that easier application, which at the end should be ultimate goal, because clear and harmonized frameworks are the point at which we should heading on.

Key words: *piercing the corporate veil, responsibility, arbitration agreement, extension of effects, case studies.*