
ЧЛАНЦИ

др **Мирко ВАСИЉЕВИЋ**
Редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду
председник Сталне арбитраже Привредне коморе Србије

ЗАКОН О ПРИВРЕДНИМ ДРУШТВИМА СРБИЈЕ – МОЖЕ ЛИ БОЉЕ?

Резиме

Реулајлива привредних друштва, као базичних економских јединица, на резултатима чијеј пословања, почива економија сваке земље, не без разлога има епитет „економској усјава“ који стоји као јандан „полицком усјаву“. Ошуда је важно какав је квалитет ове реулајливе и колико она усјину поддржава економске слободе и посебно слободу предузетништва, а колико је објективна сметња таквим слободама.

У овом раду, инсцирисаном овим необичним искуственим сазнањем, одвринути је критичкој дубинској анализи српски Закон о привредним друштвима, на крилима аксиома „ко само речи закона знаде, тај закона не зна, док му не схвати разум и смисао“ (Бојинић). У том смислу разумљиво полазиште је објективни оквир (хармонизовано поље комјанијској права ЕУ), као и вечито размеђе између двеју великих правних цивилизација и филозофија (civil law/common law). Полазећи од ових оквира, аутор разматра посебно одређења овог закона према следећим питањима: позиција чланова привредној друштва и поверилаца (постојање инверзије места субјекта ризика или не); незашићеност положаја поверилаца зависној друштва у труји друштва; (не)сијурност поверилаца код стипусних промена привредној друштва; конфузије реулисаности односа индивидуалној и колективној заштити привредној друштва; афирмација инстицијута моћне злоупотребе капитал мањине на штету интереса капитал већине и тиме и самој интереса

привредној друштва; заробљеност приватној равне воље јавној равним ограничењима могућности избора форума решавања институционалних компанијској равних сторова. Завршно ауторово мишљење „може ли боље“ има шире недвосмислен одговор.

Кључне речи: *привредна друштва, чланови друштва, повериоци, групе друштва, зависна друштва, заснивање, арбитража.*

I Хармонизовани оквир компанијског права ЕУ – објективни лимит

Закључењем Споразума о стабилизацији и придруживању са ЕУ (април 2008) Србија је преузела обавезу усклађивања свог правног система са правним системом ЕУ, у сегменту у коме је тај систем дигнут на ниво регулативе ЕУ, у складу с прописаним оквиром и методама хармонизације. Ово, наравно, важи и за регулативу привредних друштава. У том смислу, до промене тог оквира, он се мора узети као за(дат), одговарала нам та решења или не. Треба, међутим, знати да тај оквир у домену привредних друштава и није тако обиман, како би то на први поглед могло изгледати. За нашу тему разматрања он у битном обухвата: регулативу једночланих друштава капитала (друштво с ограниченом одговорношћу и акционарско друштво) – Дванаеста директива ЕУ;¹ регулативу огранка привредног друштва – Једанаеста директива ЕУ;² регулативу „ништавости привредног друштва“ (ништавост оснивања), транспарентност друштва и обавезе објављивања одређених информација, правне ваљаности правних послова заступника друштва и правних послова изван делатности друштва – Прва директива;³ регулативу основног капитала акционарског друштва (минимални, одржавање, смањење, повећање, стицање сопствених акција, повлачење акција) – Друга директива;⁴ регулативу проспекта на тржишту хартија

1 Directive 2009/102/EC of the European Parliament and of the Council of 16 September 2009 in the area of company law on single-member private limited liability companies, *OJ L 258*.

2 Eleventh Council Directive 89/666/EEC of 21 December 1989 concerning disclosure requirements in respect of branches opened in a Member State by certain types of company governed by the law of another State, *OJ L 395*.

3 Directive 2009/101/EC of the European Parliament and of the Council of 16 September 2009 on coordination of safeguards which, for the protection of the interests of members and third parties, *OJ L 258*.

4 Second Council Directive 77/91/EEC of 13 December 1976 on coordination of safeguards which, for the protection of the interests of members and others, in respect of the formation of public limited liability companies and the maintenance and alteration of their

од вредности – Директива о проспекту;⁵ регулативу пријема хартија од вредности на листинг и обавезе транспарентности у вези с овим – Директива о пријему на листинг и Директива транспарентности;⁶ регулативу равноправности акционара и минималним правима акционара листираних компанија – Директива ЕУ о правима акционара листираних компанија;⁷ регулативу преузимања акционарских друштава јавним путем – Тринаеста директива;⁸ регулативу спајања и припајања привредних друштава – Трећа директива;⁹ регулативу подела и издвајања привредних друштава – Шеста директива.¹⁰ У основи се може рећи да је српско компанијско право (право привредних друштава) у областима покривеним директивама ЕУ, где се захтева хармонизација или унификација усаглашено са (за)датим правним оквиром. Проблем српске компанијскоправне регулативе (регулативе привредних друштава) остаје у осталом сегменту за који се не тражи хармонизација или унификација са правом ЕУ, с обзиром на то да оно у том сегменту и не постоји и у свему има покривеност националном регулативом, што је и предмет нашег разматрања у овом критичком есеју.

capital. Измене: 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 и Council Directive 92/101/EEC of 23 November 1992 amending Directive 77/91/EEC on the formation of public limited-liability companies and the maintenance and alteration of their capital, *OJ L 347*.

- 5 Directive 2003/71/EC of the European Parliament and of the Council of 4 November 2003 on the prospectus to be published when securities are offered to the public or admitted to trading and amending Directive 2001/34/EC, *OJ L 345*.
- 6 Directive 2001/34/EC of the European Parliament and of the Council of 28 May 2001 on the admission of securities to official stock exchange listing and on information to be published on those securities, *OJ L 184*; Directive 2004/109/EC of the European Parliament and of the Council of 15 December 2004 on the harmonization of transparency requirements in relation to information about issuers whose securities are admitted to trading on a regulated market and amending Directive 2001/34/EC, *OJ L 390*.
- 7 Directive 2007/36/EC of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the exercise of certain rights of shareholders in listed companies, *OJ L 184*.
- 8 Directive 2004/25/EC of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on takeover bids, *OJ L 142*.
- 9 Directive 2011/35/EU of the European Parliament and of the Council of 5 April 2011 Concerning Mergers of Public Limited Liability Companies, *OJ L 110*; EC Council Regulation 4064/89 (*OJ L 395/1*) – the merger control regulation – and EC Commissions Regulation 2367/90 (*OJ L 219/5*) – the merger notification regulation.
- 10 Sixth Council Directive 82/891/EEC of 17 December 1982 based on Article 54 (3) (g) of the Treaty, concerning the division of public limited liability companies, *OJ L 378*.

1. *Civil law/common law* – систем сарадње или победника

Две, у доброј мери, својствене и особене филозофије права и правне цивилизације, поред осталих од нас далеких, су свакако континенталноправна (заснована на најбољим традицијама римског писаног права – *civil law*) и англосаксонскоправна традиција (заснована на традицији обичаја и праксе – *common law*). Свеукупна глобализација није могла оставити по страни ни потребу „глобализације права“, што се у основи и десило, мање-више, у свим гранама права, па и у сфери права привредних друштава. У европским оквирима (институционално ЕУ) за ово је постојала и објективна нужност наметнута чињеницом да је чланство ЕУ обухватало државе и једне и друге правне традиције. Да ли ће овај разлог за нужност „глобализације права“ отпасти после одлуке Велике Британије да изађе из чланства ЕУ са својом *common law* правном традицијом остаје да се види. У сваком случају тај аргумент нужности „глобализације права“ савремених глобалиста је у институционалном смислу отпао.

Не спорећи потребу „правне трансплантације“ правних института једне филозофије права у другу филозофију права, која у окружењу „интернет индустрије“ постаје чак и нужност, чини се да је то до сада била само једносмерна улица: трансплантирање института *common law* у континентално право, тиме и у право привредних друштава. На овај начин својеврсним диктатом финансијских и политичких центара моћи (тамо где ни то није баш успевало онда и уз „показивање мишића“ војне снаге) уместо филозофије сарадње ових двеју водећих правних система наметнута је „филозофија победника.“ Тако су практично „жртвовани“ бројни правни институти столетно брушени у континенталној правној школи зарад „успеха“ бројних института англосаксонске правне школе, страних „добром укусу“ континенталног правника, чиме ово право није унапређено, а крајњи страдалник је постао принцип свих принципа у праву – правна сигурност. Примера за овакав „развојни правац“ је превише, а овом приликом довољно је за илустрацију овог правца навести: институт правила пословне одлуке (*business judgment rule*) уместо познатих стандарда пажње („добар домаћин“, „добар привредник“, „добар стручњак“),¹¹ институт „дужности“ уместо познатог института „обавеза“, наметање система једнодомног управљања акционарским друштвима уместо дводомног модела или модела избора; кумулативно гласање за избор чланова одбора директора; друштво с ограниченом одговорношћу као друштво капитала без капитала и слично.¹²

11 Вид. Mirko Vasiljević, „Civil Law and Business Judgment Rule“, *Annals of the Faculty of Law in Belgrade*, бр. 3/2012, 7–38.

12 Вид. Мирко Васиљевић, *Компанијско право*, Београд, 2017, 344–400.

2. Чланови друштва и повериоци – замена места субјекта ризика

Принципијелно посматрано, правна природа чланова привредног друштва (ортаци, чланови, акционари), што је и иначе предмет регулативе привредних друштава, и поверилаца тих друштава, што иначе није у примарној равни ове регулативе (иако јесте у секундарној везаној за потребу додатног обезбеђења и заштите њиховог интереса у односу на уговорне инструменте заштите), постављена је у складу с модерним трендовима ове регулативе. Сумарно, то се може изразити једном формулом: чланови друштва сnose ризик пословања свог друштва (ограничен или неограничен, зависно од форме друштва), док повериоци у принципу не сnose (осим ризика инсолвентности друштва). У том смислу, и српски закон који регулише привредна друштва, посебно код друштава капитала (друштво с ограниченом одговорношћу и акционарско друштво), поставља чврсто правило да било која плаћања члановима друштва од стране самог друштва у својству чланова друштва (носиоца капитал учешћа) не могу бити приоритетна у односу на плаћања повериоцима друштва, ако би то угрозило *солвенћности друштва* и тиме интерес поверилаца, а ако то не би угрозило солвентност друштва, таква плаћања су дозвољена. Ради се, практично, о исплатама члановима друштва по разним основима (учешће у добити – дивиденде и међудивиденде, повлачење удела или акција, повраћај додатних уплата код друштва с ограниченом одговорношћу, исплата зајма члановима друштва, стицање сопственог удела или акција, иступање и искључење члана или акционара, реализација права несагласних чланова на откуп удела или акција) и то у било које време током пословне године, а не само након усвајања годишњих финансијских извештаја и извештаја о пословању. Дакле, за сва ова плаћања члановима друштва од стране друштва једино опште ограничење је *солвенћности друштва* (*шест солвенћности друштва, односно шест нејо имовине*).

И поред неких разлика уређења института општег ограничења плаћања члановима друштва с ограниченом одговорношћу и акционарима акционарског друштва,¹³ чини се да у условима изражене финансијске недисциплине код нас, која практично потхрањује аспирације чланова друштва да замене место основног субјекта ризика пословања друштва са повериоцима друштва, што угрожава позицију поверилаца који практично немају могућност контроле корпоративних одлука органа друштава капитала које омогућују и у смислу општег ограничења плаћања члановима друштва недозвољена плаћања, што

13 Упор. Закон о привредним друштвима – ЗОПД, *Службени гласник РС*, 36/11 и 99/11, чл. 182 у вези чл. 184 и 275.

често, како и наша пракса показује, води стечајевима тих друштава и тиме угрожавања позиције поверилаца. Одвраћању од таквих одлука и практично злоупотребе права чланова друштва не могу да спрече ни прописана правила одговорности (иначе без икаквог посебног разлога круг субјеката одговорности код друштва с ограниченом одговорношћу је шири од круга субјеката код акционарског друштва: код првог у случају несавесности одговарају и личном имовином поред чланова друштва који су примили такве исплате и други чланови којима се докажу тежи облици кривице и чланови органа друштва у случају своје несавесности, док код других одговарају само акционари који су примили такве исплате а били су несавесни),¹⁴ како то већ показује наша пословна и судска пракса примене ових института. С обзиром на то да нас на оваква решења, посебно код друштва с ограниченом одговорношћу, није обавезивала непостојећа регулатива ЕУ у овој области (блиска ограничења из Друге директиве ЕУ односе се само на акционарска друштва за државе чланице),¹⁵ иако постоје таква национална решења земаља са далеко развијенијом свешћу о значају и светости права, као и са културом примене права, чини се да је наш избор могао и морао бити другачији.

3. Групе друштава – сигуран пут за „главобољу“ поверилаца зависног друштва

Свим формама повезаних друштава заједничко је постојање правног субјективитета свих појединачних зависних друштава (филијала) и правног субјективитета матичног друштва, али не и постојање једног правног субјективитета свих повезаних друштава. Ово важи чак и за случај да матично друштво има капитал учешће у својим зависним друштвима 100%. Одвојеност правног субјективитета матичног друштва и зависних друштава има значајна правна дејства: посебност свих органа у матичном друштву и свим зависним друштвима (уз одређене изузетке), непостојање узајамне одговорности за обавезе према трећим лицима по самом закону, посебно *непостојање одговорности матичног друштва за обавезе зависних друштава* (осим у изузетним случајевима у поводу „пробијања правне личности“), *немогућност узајамног засијања без посебне овлашћења*, постојање посебних општих аката, непримењивање уговорене клаузуле конкуренције за органе матичног друштва на органе зависних друштава (и обрнуто), *самосталност стечаја* и слично.

14 Упор. ЗОПД, чл. 185 и 275, ст. 4.

15 Вид. Друга директива ЕУ, чл. 1 и 15–40.

У стварном животу, међутим, правни субјективитет зависних друштава (како непосредно директно зависних, тако и посредно – индиректно зависних) често је само обична фикција, те се правна ортодоксност (догматика) повлачи пред економским реалностима (интерес целине повезаних друштава). У сукобу правног (субјективитет) и фактичког (економско јединство), често фактичко односи предност. Повезана друштва не могу се, наиме, посматрати као трећа лица у узајамним односима, како би то произлазило из одвојености и посебности правних субјективитета. Отуда, иако целина повезаних друштава, правно посматрано, нема правни субјективитет, низ правних решења гради се управо тако да се тај субјективитет претпоставља (постојање интереса групе).

Притиснуто стварним разлозима функционисања групе повезаних друштава компанијско право од принципијелне позиције самосталности субјективитета сваког друштва (матичног и свих зависних појединачно) прави неке изузетке. Прво, у домену *фискалној њрава, ојиклања се двосјруко ојорезивање дивиденди* на нивоу матичног друштва (дивиденде акционара овог друштва) и зависних друштава (дивиденде матичног друштва као акционара у овом друштву), под одређеним условима (најчешће се захтева да матично друштво има учешће 25% или више у зависном друштву). Друго, у домену *рачуноводственој њрава*, под одређеним условима (по правилу, ако матично друштво има контролно – већинско капитал учешће у зависном друштву), омогућује се тзв. финансијско консолидовање (*јодишњи консолидовани биланс*) и опорезивање групе друштава као једног пореског обвезника.¹⁶ Коришћењем овог института, матично друштво може губитке у пословању једног свог друштва покрити са добити другог друштва (чиме умањује пореску основицу), што значи да економски факти побеђују правну независност друштава. Треће, у домену *радној њрава* (премештаји и отпуштање запослених) целина повезаних друштава (група друштава) сматра се јединственим субјектом.

Повезана друштва, међутим, у *обласји имовинској њрава*, остају са одвојеним правним субјективитетима матичног друштва и зависних друштава (сваког појединачно), те тиме и одвојеним имовинама. У интересу заштите поверилаца зависног друштва често има потребе да се прескоче појединачни прагови субјективитета и да се у помоћ призове економски терен *јединствена имовине свих повезаних друштава*, под одређеним условима. За овим има посебне потребе у одређеним случајевима, попут: преваре поверилаца зависног друштва, могућност тзв. вишеструке деривације, злоупотреба правног субјективитета зависног друштва (објективна и субјективна), код 100% капитал учешћа матичног друштва у зависном

16 Закон о рачуноводству – ЗОР, *Службени јласник РС*, 62/13, чл. 27. Seventh Directive EEC on Consolidated Accounts (83/349/EEC, *OJ L 193*), чл. 1 и даље.

друштву или чак код таквог учешћа преко 75% (с обзиром на то да тада матично друштво као такав члан зависног друштва може самостално доносити све одлуке у зависном друштву), *код мешања имовина матичној и зависној друштва и практичној послојања привредној идентичности матичној и зависној друштва*, код фиктивности послојања зависној друштва – „пробијање правне личности“ зависног друштва и слично. У правној теорији се такође подржава афирмација јединственог субјективитета повезаних друштава (групе друштава) и на имовинском плану, и то посебно афирмацијом *теорије трансјарентности повезаних друштава* која води прихвату њиховог економског реалитета и правној основаности мешања имовине зависног и матичног друштва, те тиме и одговорности матичног друштва за обавезе зависног друштва.¹⁷

Дугогодишњи напори ЕУ да у овој области донесе посебну директиву, како би посебно учиниласигурнијим положај поверилаца зависних друштава, остали су без успеха, што даје отворена врата националним компанијским законима да у том погледу буду иновативнији и оригиналнији. Српски компанијски закон, нажалост, није у овом погледу дао ништа ни ново ни оригинално, а потребе за тим има посебно у окружењу земаља које одликује низак праг правне сигурности, са колебљивом и неузорном судском праксом. Ако ништа друго, српски законодавац је могао бити издашнији у инструктивним нормама када се може сматрати да је очигледно „пробијен правни субјективитет“ зависног друштва од стране матичног друштва (зависно друштво као „проточни бојлер“ матичног друштва), када су помешане имовине зависног и матичног друштва до те мере да повериоци зависног друштва немају никакву могућност наплате својих потраживања и слично. За почетак, можда је путоказ такве заштите могао бити систем заштите поверилаца подређеног (управљаног, контролисаног) друштва које је закључило уговор о контроли и управљању са матичним (управљачким, контролним) друштвом, јер се чини да и у једном и у другом случају стоје истоветне потребе и истоветни разлози такве заштите.¹⁸ Корак даље било би свакако решење које би пребацило терет доказа са тужиоца (поверилац) на туженика (матично друштво) да је „пробијен правни субјективитет зависног друштва од стране матичног друштва“ у случају апсолутног капитал учешћа (преко 75%) – практично увођење обориве претпоставке имовинске одговорности. У условима глобализације светске економије овај проблем у малим земљама, попут Србије, постаје још

17 Вид. Тајјана Јевремовић Петровић, *Групе привредних друштава*, Београд, 2014, 207–236; Мирко Васиљевић, „Субјективитет групе друштава (‘интерес групе’ – стварност и/или фикција)“, *Усклађивање пословној права Србије са правом Европске уније* (уредник Вук Радовић), 2015, 11–30.

18 Вид. ЗОПД, чл. 566.

изоштренији, с обзиром на то да транснационалне компаније са седиштима у развијеним земљама постају све више власници зависних друштава основаних у таквим земљама.

4. Статусне промене – заблуде о сигурности поверилаца

Ако у следствију сјајне промене друштво преносилац пресилаје да постоји (сјајање, пријајање, подела), кључна последица на плану одговорности је гашење узајамних потраживања између друштва (друштава) преносиоца и друштва стицаоца, а целокупна имовина и све обавезе друштва (друштава) преносиоца прелазе по самом закону на друштво стицаоца, у складу са уговором о статусној промени и друштво стицаоца постаје нови дужник у погледу тих обавеза (поједина универзална сукцесија код сјајања и пријајања),¹⁹ а пошто код поделе постоји више друштва стицаоца (најмање два), свако друштво стицаоца одговара за пренете обавезе на то друштво (нови главни дужник) и, поред њега, свако од осталих друштава одговара суисидијарно за обавезе које су, у складу са планом поделе, прешле на остала друштва стицаоце до износа разлике између вредности имовине друштва преносиоца која му је пренета и обавеза друштва преносиоца које је преузео (суисидијарна ограничена одговорност – пренете – распоређене обавезе пресилог друштва), осим ако је са одређеним повериоцем друкчије уговорено и осим ако је поверилац у складу са законом којим су уређена привредна друштва у контексту статусне промене остварио право на одговарајућу заштиту.²⁰

Имовина друштва преносиоца пресилог поделом (подела), која уговором о статусној промени, односно планом поделе није пренета ниједном друштву стицаоцу (пренета имовина пресилог друштва – „заборављена имовина“), нити се тумачењем тог уговора, односно плана поделе може одредити којем друштву стицаоцу се та имовина има пренети, пренети се сваком од друштва стицаоца сразмерно учешћу имовине која је на њих пренета, умањене за преузете обавезе, у укупној нето имовини друштва престалог поделом.²¹

Обавезе друштва преносиоца пресилог поделом (подела) које уговором о статусној промени, односно планом поделе нису распоређене ниједном друштву стицаоцу нити се тумачењем тог уговора, односно плана може одредити којем друштву стицаоцу се имају распоредити (у смислу главног дужника), имају за солидарно одговорне дужнике свако друштво стицаоца (садужници) до износа разлике између

19 ЗОПД, чл. 486, 487 и 505 ст. 3, тач. 2 и 3 и ст. 5; Трећа директива ЕУ, чл. 23.

20 ЗОПД, чл. 505, ст. 1, тач. 1 и 2 и ст. 5 и чл. 509.

21 ЗОПД, чл. 506, ст. 1.

вредности имовине која је на то друштво пренета и обавеза које је то друштво преузело (*солидарна ограничена одговорност – нераспоређене – „заборављене“ обавезе*).²²

Ако у следствију стипитусне промене друштво преносилац не престаје да постоји (издвајање), кључна правна последица статусне промене на плану одговорности је пренос дела имовине и обавеза (с обзиром на то да то друштво преносилац не престаје да постоји) друштва преносиоца на друштво (друштва) стипитаца, у складу с планом поделе, чиме друштво (друштва) стипиталац постаје *солидарно* одговорно (садужник) са друштвом преносиоцем (које остаје главни дужник и то према општим правилима одговорности неограничено целом својом имовином) за његове обавезе које нису пренете на друштво стипитаца, али само до износа разлике између вредности имовине друштва преносиоца која је тиме пренета и обавеза друштва преносиоца које је до тада преузело (*солидарна ограничена одговорност – непренете-нераспоређене обавезе нестипиталог друштва*), осим ако је са одређеним повериоцем друкчије уговорено и осим ако је поверилац у складу са законом којим су уређена привредна друштва у контексту статусне промене остварио право на одговарајућу заштиту.²³ Закон не покрива питање (правна празнина) одговорности постојећег друштва код издвајања за *пренете-распоређене обавезе* (али по општим правилима одговорности таква одговорност остаје и то неограничено целом имовином), као и питање постојања узајамне одговорности друштва стипиталаца за пренете обавезе на друга друштва (садужници), осим појединачне одговорности за обавезе пренете на конкретно друштво (које је за те обавезе главни дужник), али би по аналогији овде требало да важе иста правила као и код поделе за пренете обавезе – супсидијарна ограничена одговорност.

Поверилац друштва које учествује у стипитусној промени (и друштво преносиоца и друштво стипитаца) чије је *појављивање настало пре регистрације стипитусне промене* у складу са законом којим се уређује регистрација привредних друштва, а који сматра да та статусна промена у којој учествује његов дужник *утиче на намирне његових појављивања*, може захтевати добијање одговарајуће заштите, у року од 30 дана од дана објављивања обавештења о документима и актима који се обавезно припремају за статусну промену, од свог дужника. Ова заштита може се пружити на следећи начин: 1) давањем обезбеђења у виду залог, јемства и слично; 2) изменама услова уговора по основу ког је настало потраживање или раскидом тог уговора; 3) одвојеним управљањем имовином друштва преносиоца до намирења потраживања; 4)

22 ЗОПД, чл. 506, ст. 2.

23 ЗОПД, чл. 505, ст. 1 и ст. 5 и чл. 509.

предузимањем других радњи и мера које обезбеђују повериоцу положај који није лошији у односу на положај који је имао пре спровођења статусне промене.²⁴ Посебна правила у смислу заштите стечених права важе за заштиту ималаца обвезница и других серијских дужничких хартија од вредности, као и ималаца посебних права из тих хартија.²⁵ Поверилац који не добије одговарајућу заштиту у овом смислу исту може тражити у прописаном року и судским путем.²⁶

Поверилац друштва преносиоца, односно друштва стицаоца има право да ову законом установљену заштиту захтева од свог дужника или од друштва стицаоца, односно од друштва преносиоца само ако је финансијска ситуација друштва која учествују у статусној промени таква да спровођење статусне промене *ујрожава намирење њејовој пошраживања* те је пружање те заштите неопходно ради обезбеђивања положаја повериоца који неће бити лошији од положаја који је имао пре спровођења статусне промене. Из логичних разлога, право да захтевају заштиту *немају повериоци чија пошраживања сјадају у први или други исилајни ред* у смислу закона који уређује стечај, *нији повериоци чије је пошраживање обезбеђено.*²⁷

Солидарна ограничена одговорност новонасталих друштва за *непреније обавезе* друштва преносиоца, односно међусобна супсидијарна ограничена одговорност новонасталих друштва из статусних промена за *преније обавезе*, као позитивно правни режим нашег компанијског закона, у значајној мери погоршава позицију дотадашњих поверилаца друштва преносиоца у односу на ранији компанијски закон, а посебно, што је још важније не одражава на прави начин ни идеје тзв. Шесте директиве ЕУ²⁸ везане за одговорност за обавезе друштва преносиоца, било да престаје или не престаје да постоји – подела и издвајање (како пренете на новонастала друштва, тако и непренете). Најпре, Шеста директива прописује солидарну одговорност друштва стицалаца као примарну форму заштите поверилаца друштва преносиоца (за пренете обавезе), уместо наше супсидијарне одговорности (истина са незнатним прагом разликовања између ове две одговорности).²⁹ А затим, још

24 ЗОПД, чл. 509.

25 ЗОПД, чл. 512 и 513.

26 ЗОПД, чл. 511.

27 ЗОПД, чл. 510.

28 Шеста директива ЕУ замењена је, истим решењима (уз нову нумерацију чланова), са Директивом ЕУ о одређеним аспектима компанијског права – Company Law Directive (Official Journal L. 169, 30. 06. 2017/1132). Више: Мирјана Радовић, „Одговорност друштва стицаоца за обавезе друштва преносиоца код статусних промена поделе и издвајања“, *Усклађивање пословној права Србије са правом ЕУ* (уредник Вук Радовић), Београд, 2017, 145–178.

29 Разлику вид. М. Васиљевић (2017), 94–98.

важније, ограничење и солидарне и супсидијарне одговорности не чини обавезним, већ оставља државама чланицама да то могу учинити („*may limit such joint and several liability to the net assets allocated to each of those companies*“).³⁰ Наше је чврсто уверење да је у оваквим околностима за нашу земљу било далеко боље да је остављено решење ранијег закона о солидарној неограниченој одговорности – *примена правила универзалне сукцесије (делимична универзална сукцесија) и код поделе и издвајања као и код сјајања и пријањања* (и међусобно између друштава стицалаца за пренете обавезе и за непренете обавезе друштва преносиоца на друштва стицаоце).³¹ На овај начин сигурност „стarih“ поверилаца (до дејства статусне промене) друштва преносиоца (било да престаје – подела или не престаје – издвајање) и „стarih“ поверилаца према конкретном друштву стицаоцу на кога је распоређена конкретна обавеза или које тако одговара за непренете обавезе, била би утемељенија и у материјалном смислу (интерни односи по основу права регреса платца против главног дужника или и садужника сразмерно пренетој имови-

30 Шеста директива ЕУ, чл. 12. Вид. V. Edwards, *EC Company Law*, New York, 1999, 109–111.

31 Ситуацију додатно компликује и норма ЗОО (приступање дугу у случају примања неке имовинске целине – чл. 452):

(1) Лице на које пређе на основу уговора нека имовинска целина физичког или правног лица, или један део те целине, одговара за дугове који се односе на ту целину, односно на њен део, поред дотадашњег имаоца и солидарно с њим, али само до вредности њене активе.

(2) Нема правног дејства према повериоцима одредба уговора којом би се искључивала или ограничавала одговорност утврђена у претходном ставу.

Непрецизност ове норме Закона о облигационим односима, посебно са становишта обима и случајева примене (вид. Закључак Уставног суда Србије Iuo 354/213, од 19.04.2016; одлука Уставног суда БиХ, АП 4490/14, *Службени гласник БиХ*, 12/16; одлука Вишег привредног суда Србије, Пж – 3059/00; одлука Врховног касационог суда Србије, Прев 91/07; одлука Врховног суда Хрватске, Рев. 2077/01), те несигурност поверилаца из приватизације по основу *закључених уговора о кувовини имовине* (уз уговорно искључење одговорности за обавезе и остављање обавеза дотадашњем дужнику), што је навело судску праксу да лимитира њену примену (куповина стана и одговорност купца за неплаћене обавезе ранијег власника везане за власништво стана – критика: Ненад Тешић, „О „изузетности“ дуга за струју“, *Напомиш*, 2016, 293–319; одговорност наследника за обавезе оставиоца – Закон о наслеђивању, *Службени гласник РС*, бр. 46/95 и 101/03 – одлука Уставног суда Србије, 6/15, члан 222 и слично; вид. Дејан Ђурђевић, „Заштита наследника од последица стицања презадужене заоставштине“, у: *Перспективе имплементације европских стандарда у правни систем Србије*, зборник радова, књига VI, Правни факултет Универзитета у Београду, 2016, 171–187), а у ситуацији постојања посебних норми Закона о привредним друштвима који уређује одговорност код статусних промена привредних друштава одступајући делимично од овог института (примена правила универзалне сукцесије – потпуне и делимичне), налаже заузимање става о непримени ове одредбе на „располагање имовинским целинама“ у случају статусних промена.

ни ако се од њега не намири прихватљивије су решење) и у процесном смислу (не би морао да буде обавезан да као тужилац доказује да та разлика вредности имовине и пренетих обавеза постоји код конкретног друштва стицаоца и да тиме постоји његова солидарна или супсидијарна одговорност за обавезе које је створио њихов ранији дужник – друштво преносилац – *probation diabolica*, односно за обавезе других друштава стицалаца). На различиту праксу наших судова³² и различит третман поверилаца у овим споровима, те тиме и изражену правну несигурност и повреду права на правично суђење указао је и Европски суд за људска права у Стразбуру.³³

5. Индивидуално и/или колективно заступање привредног друштва (шта је правило а шта изузетак)

Привредна друштва заступају заступници друштва (*што може бити и једно лице: физичко лице или друштво регистровано у Србији – правно лице*), који су то по самом закону, индивидуално или колективно, зависно од врсте друштва и решења националних закона. Друштво мора имати *најмање једно физичко лице као законског заступника*, а ако друштво заступа друго друштво то чини преко свог законског заступника или пуномоћника овлашћеног писменим пуномоћјем. Према Закону о привредним друштвима, привредно друштво заступа директор *ex lege* (у ортачком друштву то могу бити један или више или сви ортаци или треће лице – прокуриста, у командитном друштву један или више или сви комплементари или треће лице – прокуриста, а у друштву са ограниченом одговорношћу или акционарском друштву један или више извршних директора). Ово *законско заступничко овлашћење* произлази из самог статуса директора друштва капитала (односно статуса ортака и комплементара), који се у заступничким пословима појављује као саставни део тог друштва, као његов орган, изражавајући вољу тог друштва (делује не као *alter ego* тог друштва, него као његов *ego*).

Поред директора привредног друштва капитала, оснивачким или другим општим актом друштва или одлуком надлежног органа друштва као заступници могу се одредити и друга лица. Реч је о статутарним (аутономним) заступницима друштва који се у том својству такође обавезно региструју. Одређивање *статутарних (аутономних) заступника* није нужност, али се често показује потребним ради

32 Вид. Боривоје Гајић, „Солидарна одговорност и статусна промена привредног друштва“, *Билтен – Врховни касациони суд*, бр. 3/16, 153–174.

33 Вид. Вучковић и др. против Србије, бр. 17153/11; Винчић и др. против Србије, бр. 44698/06.

веће специјализације заступничких послова. Уколико се одреди више оваквих заступника друштва капитала, поред директора као законског, истим општим актом потребно је разграничити њихова заступничка овлашћења и то регистровати (као и саме заступнике са депонованим потписом) ради евентуалног дејства према трећим лицима. Изузетно, друштво може заступати и неко лице које друштво континуирано прихвата као свог заступника и на начин да код савесних трећих лица ствара уверење да је реч о заступнику (*конклученџно овлашћење – конклученџни засџујник*).

У сваком случају, ако се одреди више *оваквих засџујника*, потребно је одредити како ће *засџујник на основу закона* вршити њихову координацију, као и да ли ће они (ако их је више) заступничка овлашћења вршити *одвојено (самостјално)* или *заједно (колеџивно)*. Уколико у акту друштва који се депонује у регистар о овоме није ништа речено, и у складу с тим нема ништа регистровано, општи принцип би требало да буде самостјално заступање (*самостјално засџујање џреба да буде џравило, а колеџивно се изриџио одређује*). Српски компанијски закон, међутим, ово правило не потврђује код свих форми привредних друштава, штавише, конкретним решењима код појединих форми друштава га у одређеној мери и компромитује и чини тешко објашњивим и прихватљивим. Тако је самостјално заступање постало у српском закону диспозитивно правило код ортачког и командитног друштва (разлог се вероватно налази у чињеници да је реч о *ујовору и друшћу intuitu personae*, те да постоји међусобно поверење ортака, у противном могу се уговорити форме колеџивног заступања), док је код друштва с ограниченом одговорношћу и поред постојања снажних елемената *intuitu personae* обрнуто правило (колеџивно заступање као правило уз могућност уговорања самостјалног заступања), што важи и за акционарско друштво, код ког због изостанка овакве природе овог друштва, ако је то наводни разлог оваквих правила, ово може да буде и објашњиво, иако не рационално и прихватљиво.³⁴ У сваком случају, код *колеџивног засџујања*, правило о потребној сагласности свих одређених и у регистар уписаних заступника важи само за тзв. *акџивне радње засџујника џрема џрећим лиџима*, док је за тзв. *џасивне радње* које према заступницима чине трећа лица (нпр. приговор на робу и сл.) довољно

34 Упор. ЗОПД, чл. 111 (ортачко друштво), чл. 126 (командитно друштво), чл. 221 (друштво с ограниченом одговорношћу), чл. 388 (акционарско друштво – једнодомно управљање) и чл. 422, ст. 1 (акционарско друштво – дводомно управљање). Диспозитивно правило заједничког заступања код акционарског друштва важи и за могућност ограничења и „супотписом проџуристе“ (ЗОПД, чл. 388, ст. 5 и чл. 422, ст. 6), док је код проџуре диспозитивно правило индивидуалног заступања, иако има више проџуриста (ЗОПД, чл. 37, ст. 2).

да се оне учине само према једном од лица овлашћених на колективно заступање, па да се сматра да су учињене правноваљано.³⁵

6. Воља капитал већине друштва капитала у „оковима“ права капитал мањине

Акционарско друштво по правилу има велики број акционара, који се међу собом и не познају и отуда су сукоби неизбежни. Иако акционари овог друштва на скупштини доносе одлуке прописаном већином, које обавезују све акционаре, па и оне који нису учествовали у одлучивању или су учествовали и гласали против, чест је случај да мањински акционари по акционарском капиталу приговарају већини по капиталу да злоупотребљава технику већине за афирмацију својих личних интереса на штету интереса друштва, што води сукобима у друштву и потреби заштите мањине. При том, под мањином се подразумевају акционари који, из различитих разлога, нису гласали за одређену одлуку скупштине друштва донету већином гласова. Али ова мањина је врло често неорганизована, хетерогена, неухватљива и, према томе, тешко ју је заштитити.

Заштита акционарске мањине по капиталу ни у ком случају не може водити блокади одлучивања у друштву. Потребно је, дакле, наћи равнотежу између *начела већине*, што је темељна филозофија акционарског друштва, и *начела заштите мањине*. Национална права у основи познају више мера које имају вокацију да, са једне стране, афирмишу правило већине и истовремено спрече његову злоупотребу (*теорија злоупотребе већине*), а са друге стране, да заштите мањину, али и спрече злоупотребу њених права (*теорија злоупотребе мањине*).³⁶ Ове мере могу се сврстати у две групе: превентивне (извансудске) мере (коришћењем овлашћења мањине у скупштини и коришћењем овлашћења у погледу разних форми институционалне контроле – унутрашње и спољне) и судске и административне мере заштите.³⁷ Најдаље у заштити акционарске мањине по

35 Упор. ЗОПД, чл. 37, ст. 5 (за прокуру), чл. 111, ст. 4 (за ортакчко друштво), чл. 126 (за командитно друштво), чл. 221, ст. 3 (за друштво с ограниченом одговорношћу), чл. 388, ст. 3 (за акционарско друштво – једнодомно управљање) и чл. 422, ст. 1 у вези чл. 388, ст. 3 (акционарско друштво – дводомно управљање).

36 Вид. Ph. Merle, A. Fauchon, *Droit commercial – sociétés commerciales*, Paris 2001, 632–638. О злоупотреби права већине и права мањине, али и права једнакости (као варијанте злоупотребе права мањине и изједначености њихових правних режима) говори посебно: M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, *Droit des sociétés*, Paris 2006, 172–178. О доктрини преваре мањине види: R. P. Austin, I. M. Ramsay, *Ford's Principles of Corporations Law*, Chatswood, N.S.W., 2007, 639–667.

37 Y. Guyon (2003), *Droit des affaires*, Paris 2003, 483–500; J. H. Farrar, *Company Law*, London-Edinburgh 1988, 381–408; L. Sealy, *Cases and Materials in Company Law*, London 1992, 452–510; R. Pennington, *Company Law*, London, 1995, 885–920; L. C.

капиталу³⁸ (у случају дисперзованих акционара, они су по правилу већина по броју) отишло је англосаксонско право, које је формирало став да су *већински акционари у основи у фидуцијарној дужности и према мањинским акционарима (изв. групи агенцијски проблем корпоративног управљања)*,³⁹ посебно у вези са пословима који излазе изван оквира редовног предмета пословања друштва.⁴⁰ Већински (и контролни и значајни) акционари морају увек гласати у интересу компаније, што важи и за чланове органа друштва са дужностима према друштву.

Једно од кључних контроверзних питања на релацији акционарска већина (која твори вољу акционарског друштва кроз одлуке скупштине) – акционарска мањина, тачније несагласни акционари састоји се у законским гаранцијама права мањине у одређеним случајевима. За решење овог питања мора се позвати у помоћ природа акционарског друштва: акционарско друштво – уговор (класика), акционарско друштво – институција (савременост). На основици ова два поља поларности лежи и теоријска расправност питања *права несагласних акционара на излазак из друштва*. Наиме, ако се ово право веже за уговор (класика), измена уговора било којом формом већине у смислу класичних правила облигационог права није могућа, осим ако за то постоји основ у самом уговору. Модерно акционарско право, међутим, у основи и не даје оснивачком акту овог друштва уговорну природу јер му изричито не дозвољава промену, а такође изреком „*ex lege*“ га чини обавезним и за чланове друштва који након оснивања друштва постају његови чланови (акционари). Отуда, оправдавање евентуалног права несагласних акционара на излазак из друштва у законом дефинисаним случајевима, са обавезом друштва да им накнади „правичну“ вредност њихових акција уговорном природом друштва нема чврсто правно утемељење. Удаљавајући се од своје уговорне природе, савремено акционарско друштво упловило је пуним једрима у институционалне воде функционишући по специфичним правилима једне институције са правним субјективи-

B. Gower, *Principles of Modern Company Law*, London, 1992, 642–686; R. Hamilton, *The Law of Corporations*, Minnesota, 1991, 410–426; E. R. Ivamy, *Company Law*, London, 1978, 195–201; M. Ebeling, B. Gomard, *Corporations and Partnerships in Denmark*, Deventer-Boston, 1993, 140–148; J. Birds et al., *Boyle and Birds Company Law*, London, 1995, 491–533; J. Charlesworth, (ed. G. Morse), *Company Law*, London, 1995, 398–444; A. Hicks, S. H. Goo, *Company Law*, Oxford, 2004, 379–453; S. Oztek, *La protection des actionnaires externes dans les groupes de sociétés dirigées par une société holding*, Lausanne, 1982, 298–328; G. Stedman, *Shareholders Agreements*, London, 1998, 112–163.

38 О деградацији права гласа акционарске мањине вид. P. Ledoux, *Le droit de vote des actionnaires*, Paris, 2002, 237–284.

39 Вид. Мирко Васиљевић, *Корпоративно управљање – изабране теме*, Београд, 2013, 91–98.

40 J. H. Farrar, 380–408.

тетом. На овој основи одвојености од правног „*per se*“, питање права несагласних акционара може се више препустити укусима економије, тржишта капитала и неким (организационо-правним) аспектима корпоративног управљања.

Економски гледано, са становишта интереса акционарског друштва, чини се да нема спора да су оваква права несагласних акционара неприхватљива – извршење стратешке одлуке за развој и конкурентност друштва може бити блокирано због таквог економског бремена. Са становишта тржишта капитала, с друге стране, оваква гаранција тзв. права изласка из друштва несагласних акционара може водити расту инвестиционог интереса за већи избор инвестиционе алтернативе за улагање у акције (емпиријски непотврђеног и тешко доказивог). Коначно, ово питање дотиче, као што је то истакнуто, бројне аспекте корпоративног управљања који имају биполарну организационо-правну природу (*једни иду у њрилој гаранције оваквих њрава*: спречавање злоупотребе већине; превентивни надзор над управом друштва да под оваквим одлукама не прикрива личне интересе; спречавање пада вредности акција несагласних акционара и умањење њихове ликвидности узроковано одлукама већине које дају основ за ова права; подстицање и других акционара, посебно контролних и већинских, да више надзиру управу како би предлагала и ове одлуке само кад су у интересу свих акционара и слично; *док дрући иду у њрилој неџације оваквих њрава*: ликвидност акција несагласних акционара може водити неликвидности самог друштва узрокованог извршењем ове обавезе; одлуке које потенцијално активирају права несагласних акционара доносе се квалификованом већином акционара, уз редовно учешће и акционара који имају значајно и/или контролно капитал учешће, а који су по самом закону дужни да такве одлуке доносе „у интересу акционарског друштва“ – темељни принцип акционарског права, као синтетичком интересу свих акционара, па дакле, и оних који су потенцијално несагласни; сви основи потенцијалних права несагласних акционара су у зони одлука скупштине акционарског друштва, а не управе друштва, те је предлог управе под „правим“ интересним надзором; законска гаранција оваквих права несагласних акционара супротстављала би се и другом темељном принципу акционарског права – принцип равноправности акционара исте класе).

Српски законодавац у сусрет променама закона који уређује привредна друштва у уређењу овог питања мора свакако бити далеко рестриктивнији од постојећих решења. Рестриција постојећих основа, прешироко постављених, права несагласних акционара на излазак из друштва уз обавезу друштва на откуп њихових акција „по најповољнијој цени“,⁴¹ чини се, ни у ком погледу није упитна. У окружењу не-

41 Закон о привредним друштвима (чл. 474, 462, ст. 5 и чл. 508) утврђује следеће основе овог права несагласних акционара:

спутаности постојањем било којих обавезујућих решења регионалне или друге природе, чини нам се, такође, да утемељење ових права не би требало да буде у зони императивности у постојећој форми, али ако би се законодавац определио за неку форму императивности, чини се да би кључни аргумент потребе неке форме минималне законске гаранције ових права, који се састоји у последичном губитку ликвидности акција несагласних акционара, могао бити „задовољен“ уређењем овог питања на истој основи на којој је законодавац уредио права мањинских акционара зависних друштава код закључења уговора о контроли и управљању са матичним друштвом у делу права на исплату гарантоване просечне дивиденде по акцији утврђени број година.⁴² Гаранција других и додатних права несагласних акционара у случајевима законом дефинисаних минималних основа, уз могућност аутономног проширења, могла би да буде у зони аутономије акционарских друштава.

7. Компанијскоправни спорови – излаз: јавноправна и/или приватноправна воља

Арбитрабилност („подобност спора за арбитражу“), која се и у компанијском праву утврђује доминантно генералним стандардом (постојање „у случају права којима странке могу слободно располагати“), и у овој области варира од земље до земље⁴³ и, чак, у истој земљи

- 1) промена статута друштва којом се умањују права акционара утврђена статутом или законом (непрецизност одређења може да води несигурности, те је најбоље да се то прецизира статутом);
- 2) статусне промене (акционари друштва преносиоца);
- 3) промене правне форме;
- 4) стицање и располагање имовином велике вредности;
- 5) промена времена трајања друштва;
- 6) промена других права акционара, ако је статутом утврђено да акционар из тог разлога има право на несагласност и на накнаду тржишне вредности акција у складу са законом;
- 7) повлачење једне или више класа акција са регулисаног тржишта, односно мултилатералне трговачке платформе у смислу закона којим се уређује тржиште капитала;
- 8) неусвајање од стране скупштине акционара извештаја и предлога мера ревизора који је вршио посебну или ванредну ревизију – акционари који су гласали за усвајање тог извештаја и предложених мера.

42 Критику вид. Мирко Васиљевић, „Привреда и судска и арбитражна пракса“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2017, 11–27; Мирко Васиљевић, Вук Радовић, „Теоријске основе права несагласних акционара“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 3/17, 22–23.

43 Питање арбитрабилности је углавном под контролом националних судова и закона, јер је упитно да ли међународни или транснационални појам арбитрабилности уопште и постоји. Ипак, иако национални концепт, арбитрабилност има

може варирати у различитим временима, с обзиром на то да је реч о концепту који се мења временом.⁴⁴ Кључно је, међутим, да ли је реч о земљи која се руководи принципом *favour arbitri*, који у принципу води до генералне претпоставке у корист арбитрабилности трговачких спорова („*arbitration friendly position*“), укључујући и разне унутар-компанијске спорове (члан друштва-друштво, члан друштва-члан друштва, чланови друштва-одлуке органа компаније, члан органа друштва-друштво и слично).⁴⁵ У овом случају може се говорити о проширењу домена арбитрабилности и у области унутаркомпанијскоправних спорова,⁴⁶ што је модерна тенденција арбитражних и компанијскоправних закона.⁴⁷ У том смислу, говори се да је данас правна претпоставка арбитрабилности опште правило.⁴⁸ Ово се, чак, не одриче ни унутаркомпанијскоправним

међународни развој. Вид. L. A. Mistelis, „Arbitrability – International and Comparative Perspective“ in: L. A. Mistelis, S. L. Brekoulakis (autors/editors), *Arbitrability – International and Comparative Perspective*, Kluwer Law International, 2009, 1, 6.

44 Лепезу покушаја дефинисања самог појма „арбитрабилности,“ вид. L. A. Mistelis, 4–6.

45 Аустријска теорија истиче да су компанијскоправни спорови увек имовинског карактера и као такви су арбитрабилни, додајући да се арбитражне клаузуле врло често укључују у оснивачке акте привредних друштава. Вид. E. Oberhammer, S. Weber, „The Arbitration Agreement and the Arbitrability – The Arbitration of Corporate Disputes in Limited Liability Companies“, in: Ch. Klausegger, P. Klein at al. (eds.), *Austrian Yearbook on International Arbitration*, Volume 2010, 25–41; исто и у Немачкој: H. R. Kessler, „Arbitrability of Disputes Concerning Resolutions of a Limited Liability Company (GmbH),“ *Association Suisse de l'arbitrage*, Kluwer Law International, 1996, Volume 14, 355. Ипак, проширивање домена арбитрабилности у аустријским правним изворима на „све новчане захтеве“, како је то објашњено у пратећим материјалима, не може се схватити као обухват свих интеркорпорацијских спорова, те отуда одређене контроверзе ипак остају, посебно око арбитрабилности поништаја/побијања одлука скупштине друштва. Вид. N. Pitkowitz, „The Arbitration Agreement and Arbitrability, The Arbitrability of Corporate Disputes under Austrian Law – Still Open Questions?“, in: Ch. Klausegger, P. Klein et al. (eds.), *Austrian Yearbook on International Arbitration*, Volume 2014, 33–34.

46 Ако је у уговору о статусним променама и преузимањима (M&A) уговорена арбитражна клаузула (или чак и у писму о намерама који претходи овом уговору) онда су и ови спорови арбитрабилни (проблем паралелних арбитражних поступака може настати ако и уговор акционара – који регулише односе између акционара и између акционара и друштва, односно и уговор о оснивању садрже арбитражну клаузулу о надлежности друге арбитраже). Реч је нарочито о споровима поводом повреда датих изјава или гаранција од стране продавца и споровима поводом тзв. метода прилагођавања цене преузимања. Вид. I. Esin, O. Celebi, „Arbitrating M&A Disputes“, in: I. Esin, A. Yesilimark (eds.), *Arbitration in Turkey*, Kluwer Law International, 2015, 269–270, 274–283.

47 Више: P. P. Viscasillas, „Arbitrability of Intra-Corporate Disputes“, *Arbitrability: International and Comparative Perspectives* (ed. L. A. Mistelis, S. L. Brekoulakis), Kluwer, 2009, Chapter 14, 279–283.

48 P. P. Viscasillas, 279; CH. Drahozal, „Innovation in Arbitration Law, The Case of Delaware“, *Pepperdine Law Review*, Vol. XX, n. 201x, 101–146.

споровима,⁴⁹ упркос чињеници да је тешко наћи у компанијскоправним прописима свеобухватну норму о арбитрабилности ових спорова,⁵⁰ која би покривала све форме привредних субјеката и све врсте интеркомпанијских спорова.⁵¹

За разлику од других арбитражних закона, међутим, српски специјални арбитражни закон наведеној формули уређења арбитрабилности на општем плану, што утиче и на арбитрабилност интеркомпанијскоправних спорова, додаје и одређење „осим *сйорова* за које је одређена искључива (курзив: *ауџор*) надлежности суда“⁵² (у другим земљама, то, наравно, није правна празнина, јер је предмет уређивања других закона – углавном је реч о споровима било које природе везаним за непокретности, бродове и ваздухоплове, престанак привредних друштава, побијање или ништавост одлука скупштине привредног друштва). Наслањајући се на ову формулу матични српски компанијскоправни закон прописује: „У парничним и ванпарничним поступцима покренутим у случајевима предвиђеним овим законом, као и у споровима који произилазе из овог закона, *надлежан је суд* (курзив: *ауџор*) одређен законом којим се уређује надлежност судова,⁵³ према седишту привредног друштва или предузетника, односно према месту пословања огран-

49 Тако се истиче да има неколико компанијскоправних питања у упоредном праву која нису контроверзна са становишта арбитрабилности: 1) спорови у погледу тумачења оснивачког акта или статута, 2) постојање ограничења у промету акција, 3) спорови у погледу разрешења директора компаније, 4) спорови у вези одговорности директора или спорови о износу накнаде директора, 5) спорови у погледу права гласа, посебно у вези оних који произилазе из уговора о гласању, 6) спорови у вези расподеле добити и 7) спорови у погледу вредности акција. Вид. P.P. Viscasillas, 283; P. Bernardini, „National Report for Italy, Arbitration in Company Matters“ (2007), in: J. Paulsson, L. Bosman (eds.), *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, Supplement, No 48, 2007, 10–11.

50 За Русију, на пример. вид. J. M. Максимович, *Арбитрабельность в корпоративных споров*, магистерская диссертация, Москва, 2014; S. Strembelev, Y. Kryvoi, „Arbitrability of Corporate Law in Russia: To Be or Not To Be“?, 1–14, доступно на адреси: <http://ssrn.com/abstract=2383736>. Поређење стања на овом плану у Русији и Аустрији, вид. N. Levanova, G. Saria, „Arbitration in Company Disputes – Main Features in Russia and Austria“, 2011, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=1951565>.

51 Такав пример „модела арбитражних клаузула“ споразумом Привредне коморе, Асоцијације нотара и Коморе јавних регистара промовисан је у Шпанији и покрива све врсте корпорација. Вид. P. P. Viscasillas, 281–282.

52 Закон о арбитражи, *Службени гласник РС*, бр. 46/2006, чл. 5, ст. 1.

53 Закон о уређењу судова, *Службени гласник РС*, 116/08, 104/09, 101/10, 31/11, 78/11, 101/11, 101/13, 106/15, 40/15, 13/16 и 108/16, који за ове спорове и спорове поводом примене других прописа о организацији и статусу привредних субјеката, као и за спорове о примени прописа о приватизацији и хартијама од вредности и прописа о престанку привредних субјеката прописује стварну надлежност привредног и привредног апелационог суда – чл. 25 и 26.

ка страног правног лица, осим ако је овим законом предвиђена месна надлежност другог суда.⁵⁴

Ratio legis прописивања надлежности привредног судства за интеркомпанијскоправне спорове који произилазе из закона који уређује све форме привредних друштава није, по нашем виђењу, искључење могућности уговарања надлежности домаће институционалне или *ad hoc* арбитраже, у складу с правилима арбитражног решавања спорова (уз могућност прописане судске контроле такве одлуке у следству института поништаја или признања и извршења иностране арбитражне одлуке), већ у потреби *ујврђивања стварне надлежности овој судској* (као и расподеле месне надлежности) за све спорове „покривене“ овим законом, без обзира да ли су странке привредни субјекти или не (члан привредног друштва као физичко лице) у циљу атракције надлежности код специјализованог судства, имајући у виду њихову истоветну природу, независно од природе странке (у противном, за спорове исте природе и са истим основом били би стварно надлежни различити судови, и специјализовани за привредне спорове и неспецијализовани).

Поимање искључиве надлежности националних судова (по правилу привредних за компанијскоправне спорове), као бране арбитрабилности, доживело је значајну еволуцију. Наиме, дуго се упућивање националним компанијским законима, попут српског, на надлежне (привредне) судове као референтне за одлучивање о компанијскоправним споровима тумачило као искључивање арбитрабилности у таквим питањима.⁵⁵ Последњи трендови, међутим, у овим питањима говоре о значајној еволуцији ка становишту да то не мора значити само по себи искључивање арбитрабилности таквих спорова,⁵⁶ јер се и бројне арбитражне институције називају „арбитражним судовима“, а, с друге стране, искључивање арбитрабилности таквих спорова морало би да буде само изричито (законска изрека у том смислу), а никако прећутно или закључивање типа *argumentum a contrario*. Отуда, питања са којима стране могу слободно располагати могу бити сматрана неарбитрабилним једино ако држава тако сматра и својом регулативом искључи арбитрабилност остављајући одлучивање о њима државним судовима или посебним управним телима (права којима странке не могу слободно располагати због доминације јавног интереса – *јавни њоредак као основ искључења арбитрабилности*).

54 ЗОПД, чл. 7.

55 Тако је, на пример, судио German Federal Court (BGH) педесетих година прошлог века. Вид. Н. R. Kessler, 355.

56 Вид. Alen Uzelac, „Nove granice arbitrabilnosti u hrvatskom pravu,“, *Pravo u gospodarstvu*, бр. 41/2:2002, 69 et seq.; Mihailo Dika, „Arbitrabilnost i isključiva nadležnost sudova“, *Pravo u gospodarstvu*, бр. 38/1:1999, 25–42.

Најилустративнији пример овакве еволуције гледања на арбитрабилност компанијскоправних спорова доживело је питање арбитрабилности правне ваљаности одлука скупштине акционарског друштва, на шта се дуго гледало као на неарбитрабилно питање због искључиве надлежности судова прописане у корпорацијским законима, док се данас на то питање гледа као на арбитрабилно јер му арбитрабилност није изричито искључена корпорацијским прописима.⁵⁷ Тачније, ако постоје основи за ништавост (апсолутну) ових одлука, онда због интереса јавног поретка сматра се да су ти спорови неарбитрабилни, док у случају постојања основа за побојност ових одлука узима се да су они арбитрабилни, с тенденцијом да се и на ове прве све више гледа као на арбитрабилне (Белгија, Француска, Швајцарска, Аустрија, Немачка – изузев у случају јавних корпорација).⁵⁸ Исто тако на арбитрабилност ништавости привредног друштва се не гледа јединствено (за арбитрабилност: Белгија, Швајцарска, Шведска, САД; против арбитрабилности: Италија, Француска; јако спорно у Шпанији). Арбитрабилност престанка привредног друштва је такође спорна (арбитрабилно у Француској и Финској; у САД, Шпанији или Сингапуру питање је контроверзно),⁵⁹ осим код ортаклука, што је неспорно арбитрабилно.

8. Може ли боље?

Завршно питање „може ли боље“ као да није ни потребно. Седам година од доношења, без сумње, централног привредног закона – привредног „устава“ је довољан период да се сагледају сви његови недоста-

57 Ипак, гледање националних закона на ово питање није јединствено: у швајцарском праву (Swiss Federal Statute on Private International Law, art. 176–194) искључива надлежност судова је лимит за арбитрабилност у домаћим арбитражама, али не и у међународним комерцијалним арбитражама; ово изгледа следи и из: La Loi fédérale complétant le Code civil suisse (1911, art. 706); у хрватском праву (Zakon o arbitraži – 2001, čl. 3.2) је обрнута солуција: *искључива надлежност судова је лимити арбитрабилности међународне привредне арбитраже*; у португалском праву (Arbitration Act, Law No 31/1986, No. 38/03, art. 1.1) сматра се да је искључива надлежност судова управо компонента арбитрабилности.

58 Интересантну еволуцију гледања на арбитрабилност ништавости одлука скупштине друштва капитала имамо у немачкој судској пракси. Немачки федерални суд (Federal Court of Justice – FCJ-BGH) најпре је судио да ови спорови упркос постојања арбитражне клаузуле нису арбитрабилни (*Arbitrability I*, 1996), да би касније променио праксу у прилог арбитрабилности ових спорова (*Arbitrability II*, 2009), примењујући аналогно закон који уређује акционарска друштва (AktG, par. 246–249) у овом случају и на LLC (GmbH). Вид. Н. R. Kessler, 355–356; L. Markert, „Arbitrating Corporate Disputes – German Approaches and International Solutions to Reconcile Conflicting Principles“, 8(1) *Contemp. Asia Arb. J.* 2015, 42–48.

59 Вид. P. P. Viscasillas, 284–287.

ци, чија се основна нит, чини се, састоји у нашој „ничим изазваној потреби“ да се прикажемо „европејцима“ и на овом плану и то далеко пре него што смо на то обавезни (путем „придруживања“ чланству или самим чланством у ЕУ). Заборавили смо на овом „путу којим се ређе иде“ да основна линија водила у привредној регулативи мора бити допринос законског оквира правној сигурности. На климавом темељу, односно на недовољно осмишљеном систему регулативе основног привредног субјекта, „омађијани“ странпутицама хармонизације са правом ЕУ, нису ни могли бити боље решени стубови носача овог закона: место и однос *civil law/common law* института, одређење правога места чланова привредног друштва и поверилаца уместо инверзије места, сигурност поверилаца зависних друштава у групи друштава, „миран сан“ поверилаца привредних друштава у случају статусних промена, постављање правила и изузетка код индивидуалног и колективног заступања привредног друштва, заштита интереса привредног друштва „окованог“ правима несагласних и мањинских чланова друштва, доминација приватноправне воље власника привредног („приватног“) друштва у избору форума решавања интеркомпанијскоправних спорова у односу на јавноправну вољу и слично. Нажалост, промене овог основног привредног закона, које су недавно уследиле, наставиле су са истом логиком регулативе, посебно уграђујући институте „несигурне будућности“, а остављајући садашњост да се „дави“ у сопственим заблудама и неизвесностима („видела жаба да се коњи кују...“).

Mirko VASILJEVIĆ, PhD

Full Professor at the Faculty of Law of the University of Belgrade

President of the Permanent Arbitration at the Chamber of Commerce of Serbia

SERBIAN COMPANIES ACT – HOW BETTER COULD IT BE?

Summary

Regulation of companies as basic economic units is properly described as “economic constitution”, which is an obverse of the “political constitution”, considering the fact that the state economy relies on their business results. Therefore, the quality of that regulation, which objectively may be a disturbance, and

the degree of its true support for economic freedoms and especially the freedom of entrepreneurship, are of crucial importance.

Inspired by the aforementioned incontestable experience-based cognition, the author gives thorough and critical analysis of the Serbian Companies Act driven by the axiom: "The one, who knows only the words of law, does not know the law until he/she perceives its reason and sense" (Bogišić). In that sense, reasonable starting point is the objective framework (harmonized field of EU company law) while considering everlasting crossroad between the two great legal civilizations and philosophies: civil law and common law. Starting from this framework, the author considers following issues in Serbian Companies Act: the position of shareholders and creditors (whether there is an inversion of the stakeholders' place); defenselessness of the creditors of the subsidiaries in the group of companies; (un)certainness for the creditors in mergers and acquisitions; the confusion in the relation between the individual and collective representation of the company; the affirmation of the concept of possible abuse of minority shareholders to the detriment of majority shareholders and the company's interest; the entrapment of the party autonomy by the mandatory restrictions in relation to the jurisdiction in the event of company law disputes. Thus, the answer to the author's final question: "How better could it be" is definite.

Key words: *companies, shareholders, creditors, group of companies, subsidiaries, representative, arbitration.*