
НАУЧНИ РАДОВИ

UDK: 347.72.04:347.921.6(497.11) ; 347.918

CERIF: S142, S144

ТИП РАДА: ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД

DOI: 10.5937/PiP2003007V

др **Мирко ВАСИЉЕВИЋ**^{*}
редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду,
председник Сталне арбитраже Привредне коморе Србије

ПРИВРЕДНА ДРУШТВА И ПРИВРЕДНО СУДСТВО¹

Сажетак

Компанијској правна регулатива привредних друштва, као сфера материјалној права, сама по себи није и не може бити зашворен систем. Практичан правни животи бројних материјалноправних институција компанијској права могуће је само у комплетном правном окружењу и у финој сарадњи материјалноправне и процесноправне регулативе. У овом тренутку српску правну сцену одликује евидентан раскорак између тежњи закона који уређује сферу материјалној права привредних друштва (Закон о привредним друштвима) да праће трендове истовремене регулативе водећих европских земаља и хармонизоване регулативе из ове сфере на нивоу ЕУ и закона који уређују послове извршења ових институција у пракси, како парничне, тако и ванпарничне; како судске, тако и арбитражне. Ово, наравно, не значи да је у сваком погледу и регулатива материјалноправних институција, посебно институција који имају и своју процесну страну, сасвим прихватљива и узорна.

* Електронска адреса аутора: vaske@ius.bg.ac.rs.

1 Рад се објављује као прилог пројекту „Идентитетски преображај Србије“ Правног факултета Универзитета у Београду за 2020. годину.

У овом раду аутор критички размајра, пре свега, недостигајке српске комјанијске реулајиве која уређује инстјиујте материјалној йрава, а који имају и одговарајуће йроцесне асјекјте: арбјйрабилностј унујрашњих комјанијскојравних сјорова (чланови друшјва – чланови, чланови – ујрава, чланови йривредној друшјва – друшјво) и уређених йосебних комјанијскојравних йужби (арбјйрабилностј деривајивне йужбе, арбјйрабилностј индивидуалне йужбе, арбјйрабилностј йужбе класе акција); недостгајке уређења материјалнојравној режима деривајивне йужбе који узрокују њено рејко йрисусјво у судској йракси; недостгајке уређења йравној режима индивидуалне йужбе (йосебно на йлану йројезања и у зону йосредне – рефлексне шјјетје), као и недостгајке уређења йравној режима йужбе класе акција, као врјте колекјивне йужбе (йосебно њеној дејсјва на неучеснике йосјујка) и рејрезенјајивне йужбе. Аујтор закључује да је йојребно у материјалној реулајиви ојклонјији сваки основ мојућеј йумачења да инјтерни комјанијскојравни сјорови нису арбјйрабилни (мојућностј ујоварања арбјйражној решавања), као и да је йојребно извршији озбјљне йромене йосјојеђе йроцесне реулајиве како би йроцесни асјекјти комјанијскојравних йужби били несјорни (йријовор лијисјенденције и йријовор *res iudicata* – йојреба йосјојања само објекјивној идентјијетја йредметја сјора, йрошкови йосјујка код деривајивне йужбе, дејсјво йужбе класе акција и на неучеснике йосјујка, йрактјични асјекјти рејрезенјајивне йужбе и слично). Најзад, аујтор се залаже и да се за бројне ванјарничне йосјујке, за које је ујврђена само надлежностј йривредној суда, ујврди и мојућностј алјтернајивне надлежностји јавних бележника, који и иначе врше бројне ванјарничне йосјујке (овим би се делом комјензирало скоро йојуно неојравдано искључење јавних бележника из сфере комјанијској йрава у српском јавнобележничком йраву).

Кључне речи: Привредна друшјва. – Деривајивне йужбе. – Индивидуалне йужбе. – Колекјивне йужбе. – Привредни суд и арбјйраже. – Комјанијско йраво. – Арбјйрабилностј.

I Уводне одреднице

Учешје судија специјализованих привредних судова у компанијском праву (компанијскоправне тужбе, судско разрешење органа друштва, судско искључење члана друштва, привремени заступник друштва, остваривање права мањинских и несагласних чланова друштва, имовинска одговорност чланова управе друштва, спорови међу члановима друштва и спорови чланова друштва са друштвом, спорови чла-

нова друштва и управе друштва, спорови управе друштва и друштва, ништавост оснивачког акта и друштва, ништавост одлука скупштине друштва и евентуално одлука других органа друштва, реорганизација, ликвидација, банкротство и слично) предмет је озбиљне расправе. Ове расправе трају како међу правницима, тако и међу економистима. У фокусу пажње је сврсисходност укључивања суда у бројним питањима компанијскоправног живота. Оспорава се, између осталог, и постојање довољне и потребне специјализованости судија за компанијскоправна питања (укључујући и питања ликвидације, реорганизације и банкротства) која немају казнену природу (признаје се чак да је то случај и у колеџи компанијског права – Великој Британији, али се одаје признање судијама америчке државе Делавер (*Delaware*), који имају пажње вредну праксу засновану на пословним потребама и потребама правне сигурности).²

Српско компанијско право, чини се, општој теми одређења правог обима потребе учешћа суда у компанијскоправном животу додаје и питање арбитрабилности компанијскоправних парничних поступака, с обзиром на то да утврђује изричито само надлежност суда. Како је арбитрабилност компанијскоправних парничних поступака (могућност уговарања арбитражног решавања) опште прихваћена у упоредном праву, а како је непостојање арбитрабилности основ за поништај домаће арбитражне одлуке или признање и поништај иностране арбитражне одлуке, то је потребно јасно утврђење могућности уговарања оваквог решавања унутрашњих компанијскоправних спорова. Српско материјално компанијско право такође утврђује искључиву судску надлежност за бројне ванпарничне поступке, а чини се да нема посебног разлога да се не утврди и паралелна алтернативна надлежност јавних бележника, који и иначе обављају бројне ванпарничне поступке као изворне или судски поверене. Коначно, српско парнично и ванпарнично право изгледа да није свесно потребе да следи бројне материјалноправне институте компанијског права и да у домену своје надлежности уреди њихов процесни изглед (парнични или ванпарнични), како би се омогућио и њихов стваран правни живот.

2 Вид.: Brian R. Cheffins, *Company Law – theory, structure and operation*, Oxford, 2004, 308–363; John Charlesworth, *Charlesworth's Business Law*, London, 1991, 396–430; John Birds, Eilís Ferran, Charlotte Villiers, *Boyle & Birds' Company Law*, London, 1995, 491–512; Robert Hamilton, *The Law of Corporations*, Minnesota, 1991, 410–426; Robert P. Austin, Ian M. Ramsay, Harold A. J. Ford, *Ford's Principles of Corporations Law*, Chatswood, 2007, 667–693; Robert Thompson, Randall Thomas, „The New Look of Shareholder Litigation: Acquisition-Oriented Class Actions“, *Foundations of Corporate Law* (ed. Roberta Romano), 2nd edition, New York, 2010, 257–269.

II Привредна друштва и привредни суд и/или арбитраже

Арбитрабилност (подобност за решавање спорова путем арбитраже)³ у области интеркомпанијскоправних спорова варира од земље до земље,⁴ и чак у истој земљи може варирати у различитим временима, с обзиром на то да је реч о концепту који се мења временом.⁵ Тренду развоја наклоности ка арбитражи (институционалној или *ad hoc*)⁶ већ дуже времена доприноси свакако повећани број арбитражних спорова на међународном нивоу, како у домену комерцијалних арбитража, тако и у домену инвестиционих арбитража, што је узроковало да и национални нивои држава постану више пријатељски расположени према арбитражи. Ипак, присутност овог тренда не значи и униформност гледања на потребе ширења домена објективне арбитрабилности. У овом погледу, чини се, могућа је идентификација неколико праваца – система.

Први систем, систем САД, одликује скоро универзална арбитрабилност (посебно постојање претпоставке арбитрабилности интеркомпанијскоправних спорова; ипак, амерички судови су први пут при-

- 3 Вид.: Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard, Berthold Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, 1996, 213–328, 373–461; Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, Volume I, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2009, 197–407, 563–1232; Alan Redfern, Martin Hunter, *International Commercial Arbitration*, London, 1992, 137; Tibor Varady, John J. Barceló, Arthur T. von Mehren, *International Commercial Arbitration – A Transnational Perspective*, St. Paul – Minn, 1999, 220–266; Aleksandar Goldštajn, Siniša Triva, *Međunarodna trgovačka arbitraža*, Zagreb, 1987, 92–108; Toni Deskoski, *International Arbitration Law*, Skopje, 2016, 161–177; Miodrag Trajković, *Međunarodno arbitražno pravo*, Beograd, 2000, 231–323; Maja Stanivuković, *Međunarodna arbitraža*, Beograd, 2013, 73–142; Gašo Knežević, *Međunarodna trgovinska arbitraža*, Beograd, 1999, 32–50; Gašo Knežević, Vladimir Pavić, *Arbitraža i ADR*, Beograd, 2009, 45–68; Jelena Perović, *Ugovor o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži*, Beograd, 1998, 41–219; Aleksandar Jakšić, *Međunarodna trgovinska arbitraža*, Beograd, 2003, 193–298.
- 4 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 међународни развој. Вид. Loukas A. Mistelis, „Arbitrability – International and Comparative Perspective“, *Arbitrability – International and Comparative Perspective* (eds. Loukas A. Mistelis, Stavros L. Brekoulakis), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2009, 1, 6.
- 5 Г. Борн прави у овом погледу поделу на земље „*pro-arbitration presumptions*“ (САД, Енглеска, Швајцарска, Немачка, Италија, Канада), земље „*restrictive presumption*“ и земље „*no pro-arbitration*“ или „*restrictive presumption*“. G. Born, 167–179. Ленеуз покушаја дефинисања самог појма „арбитрабилности“ вид. код L. A. Mistelis, 4–6.
- 6 О развоју и ширењу домена арбитрабилности вид. нарочито: G. Born, 766–788; P. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, 347–373; Editorial, „Arbitrability special issue“, *Arbitration International*, Nr. 2/1996, iii-ix.

знали надлежност арбитраже за одлучивање о деривативној тужби тек 1994. године)⁷ и ерозија тзв. „*domaine réservé*“ државних судова⁸ (арбитрабилност и код домаћих, а посебно код међународних арбитража постаје све више правило, а не изузетак, чиме се јавни поредак као империјум државе све више сужава – *the principle of favour arbitris*).⁹ Блиске овом систему су и арбитражне праксе низа других земаља које објективну арбитрабилност, укључујући и интеркомпанијскоправне спорове,¹⁰ решавају генералном формулом (ретко лимитативно или

7 Mark Berger, „Arbitration and Arbitrability: Toward an Expectation Model“, *Baylor Law Review*, Vol. 56, Nr. 3/2004, 800–805; Jeffrey A. Sanborn, „The Rise of Shareholder Derivative Arbitration in Public Corporations: In Re Salomon Inc. Shareholders’ Derivative Litigation“, *Wake Forest Law Review*, Vol. 31, Nr. 1/1996, 337–338.

8 Својим одлукама Врховни суд САД-а је драстично смањио обим јавног поретка као препреке арбитрабилности, чиме је знатно проширено поље арбитрабилних спорова (обухватајући чак и *non-core* стечајне поступке), што је „арбитражу померило од трговачког суда ка грађанском суду опште надлежности“. Вид. M. Berger, 753–805.

9 У САД се сматра да је дуготрајна судска ненаклоност арбитражи почела да се окончава доношењем Федералног арбитражног закона из 1925. године (*Federal Arbitration Act 1925*). Вид. Joseph T. McLaughlin, „Arbitrability: Current Trends in the United States“, *Arbitration International*, Nr. 2/1996, 113–136; T. Varady, J. J. Barceló, A. T. von Mehren, 220–266; Alexander Brabant, Maxime Desplats, Sérena Salem, „Arbitration and Company Law in France“, *European Company Law*, Vol. 12, Nr. 3/2015, 144–150.

10 Тако у француском праву и пракси објективна арбитрабилност корпоративних спорова обухвата: спорове произашле из уговора чланова (акционара) друштва, спорове из продаје удела или акција друштва нејавним путем (чак и ако продаја није предузета у вези са професионалном делатношћу), спорове из поништаја одлука скупштине друштва, спорове о одговорности чланова органа друштва по основу тужби друштва или чланова друштва деривативним тужбама за друштво (Апелациони суд у Паризу одбио је захтев за поништај арбитражне одлуке сматрајући спор арбитрабилним на основу арбитражне клаузуле у статуту друштва (одлука п. 13/09282 од 7. 10. 2014. године)), спорове из именованја *ad hoc* управника – заступника друштва у случају блокаде рада органа друштва ради сазивања скупштине друштва или гласања уместо несасгласних мањинских чланова друштва, ништавост компаније, престанак (ликвидација) компаније и одлучивање о последицама престанка. Вид. A. Brabant, M. Desplats, S. Salem, 148–150.

У Енглеској (и Велсу), основни принцип Арбитражног закона из 1996. године (*Arbitration Act 1996*) је слобода уговорних страна да, уз ограничење јавног поретка, уговоре што год желе, укључујући пожељни форум решавања спора (чл. 1). У складу с овим принципом, корпоративни спорови се сматрају арбитрабилним у складу са закљученим арбитражним уговором који има релативно дејство (само према уговорним странама, а не и према трећим лицима). Одговарајући први прецедент на ком је заснован овај став је *Fulham Football Club (1987) Ltd. V. Richards*. Енглеска законодавна комисија је 1996. године предложила да арбитражна клаузула буде саставни део оснивачког акта компаније, али се даље од тог предлога није отишло, јер су две ствари фигурирале као нејасне: питање заступања акционара у арбитражном процесу и како права акционара који нису укључени у процес могу бити погођена исходом арбитраже. Вид. James Carter, Sophie Payton, „Arbitration

набрајањем појединачних случајева) могућности уговарања арбитраже „за решавање спорова који се тичу права којима странке могу слободно располагати“¹¹ (*argumentum a contrario*, права којима се не може слободно располагати, попут личних – грађанских права, као део јавног поретка – империјум државе, нису арбитрабилна). Иако је реч о формули која није прецизније дефинисана, ипак нема спора да се ради о имовинским правима, којима се као таквима може слободно располагати, па и у смислу уговарања надлежности арбитраже (институционалне или *ad hoc*, домаће или и стране – *ово је домен националних закона*) за решавање спорова (доминантност приватног интереса).¹²

and Company Law in England and Wales“, *European Company Law*, Vol. 12, Nr. 3/2015, 138–143. Интересантно је да је број корпоративних спорова (*class actions, derivative actions, disputes concerning takeover bids, disqualification of directors and others*) у Великој Британији значајно мањи у односу на САД. Вид. John Armour, Bernard Black, Brian R. Cheffins, Richard Nolan, „Private Enforcement of Corporate Law: An Empirical Comparison of the United Kingdom and the United States“, *Journal of Empirical Legal Studies*, Vol. 6, Nr. 4/2009, 687–722.

- 11 Вид. Француска: Грађански законик из 1804. године (*Code civil*), чл. 2059–2060; Швајцарска: Федерални закон о међународном приватном праву из 1987. године (*Loi fédérale suisse sur le droit international privé*), чл. 177 ст. 1: „*Toute cause de nature patrimoniale peut faire l'objet d'un arbitrage*“; Шпанија: Закон о арбитражи из 2003. године (*Ley de Arbitraje (Arbitration Act)*), чл. 2; Немачка: Закон о арбитражи (*Zivilprozessordnung, Buch 10, Schiedsrichterliches Verfahren (Code of Civil Procedure, 10th Book, Arbitration proceedings)*), чл. 1030 ст. 1 („*any claim involving economic interest*“); Аустрија: Закон о грађанском судском поступку из 1895. (*Zivilprozessordnung, Vierter Abschnitt – Schiedsverfahren (Austrian Code of Civil Procedure, Fourth chapter – Arbitration Procedure)*), чл. 582; Хрватска: Закон о арбитражи, *Narodne novine*, бр. 88/2001, чл. 3 ст. 1; Словенија: Закон о арбитражи, *Uradni list RS*, бр. 45/08, чл. 4 ст. 1.
- 12 Аустријска теорија истиче да су интеркомпанијскоправни спорови увек имовинског карактера и као такви су арбитрабилни, додајући да се арбитражне клаузуле врло често укључују у оснивачке акте привредних друштава. Вид.: Ewald Oberhammer, Stefan Weber, „The Arbitration Agreement and the Arbitrability – The Arbitration of Corporate Disputes in Limited Liability Companies“, *Austrian Yearbook on International Arbitration* (eds. Christian Klausegger, Peter Klein, Florian Kremsehner, Alexander Petsche, Nikolaus Pitkowitz, Irene Welsler, Gerol Zeiler), Volume 2010, Manzsche Verlags – Verlag C.H. Beck – Stämpfli Verlag, Wien – München – Bern, 2010, 25–41; исто и у Немачкој: Hilmar Raeschke-Kessler, „Arbitrability of Disputes Concerning Resolutions of a Limited Liability Company (GmbH)“, *Association Suisse de l'arbitrage*, Vol. 14, Nr. 3/1996, 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 остају, посебно око арбитрабилности поништаја/побијања одлука скупштине друштва. Вид.: Nikolaus Pitkowitz, „The Arbitration Agreement and Arbitrability, the Arbitrability of Corporate Disputes under Austrian Law – Still Open Questions?“, *Austrian Yearbook on International Arbitration* (eds. Christian Klausegger, Peter Klein, Florian Kremsehner, Alexander Petsche, Nikolaus Pitkowitz, Irene Welsler, Gerol Zeiler), Volume 2014, Manzsche Verlags – Verlag C.H. Beck – Stämpfli Verlag, Wien – München – Bern, 2010, 33–34.

Други систем представљају арбитражна права земаља (попут Русије) које у домену интеркомпанијскоправних спорова изричито постављају принцип арбитрабилности ових спорова, с тим да као изузетак формулишу листу неарбитрабилних спорова (као што су, на пример: стечајни спорови, спорови о законитости управних аката регулаторних тела, спорови о питањима од јавног значаја, спорови поводом сазивања скупштине акционара, оспоравање аката нотара у компанијском праву, спорови из откупа акција од стране саме компаније, спорови поводом стицања преко 30% акција јавних акционарских друштава, спорови акционара код компанија од стратешког значаја), уз претходну деобу ових спорова на три категорије: прво, спорови који укључују јавни елемент (спорови у вези са регистрацијом привредног друштва, спорови око искључења акционара) – ови спорови нису арбитрабилни; друго, спорови који укључују само уговорне стране (на пример, куповина акција) – ови спорови су арбитрабилни, али само код институционалних арбитража; треће, спорови који укључују велики број учесника (на пример, оспоравање одлука скупштине акционара) – ови спорови су арбитрабилни под одређеним условима (дужност информисања свих учесника у поступку, давање права акционарима да буду учесници или умешачи у поступку и слично).¹³

Најзад, чини се да посебан, у свему неузоран, систем представља српско компанијско и арбитражно право. Наиме, српски специјални арбитражни закон упоредноправно доминантној формули уређења арбитрабилности на општем плану, тиме у принципу и уређења арбитрабилности интеркомпанијскоправних спорова, додаје и одређење „осим спорова за које је одређена *искључива* (курзив аутор) надлежност суда.“¹⁴ Са становишта овог закона, то и не представља посебан проблем, јер таква искључива надлежност постоји и у другим земљама, али проблем настаје што српски компанијскоправни закон (додуше, у контексту уређења месне надлежности, али у заједници са законом који уређује надлежност судова и стварну надлежност), за разлику од таквих закона већине других земаља, прихвата ову формулу као такву за све компанијскоправне спорове. Наиме, наслањајући се на ову формулу, матични компанијскоправни закон Србије прописује: „У парничним и ванпарничним поступцима покренутим у случајевима предвиђеним овим законом, као и у споровима који произлазе из овог закона, *надлежан је суд* (курзив аутор), одређен законом којим се уређује надлежност

13 Global legal insights, International Arbitration Laws and Regulations 2020, доступно на адреси: <https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/international-arbitration/global-legal-insights---international-arbitration-3rd-ed./russia>, 25. 3. 2018.

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

судова,¹⁵ према седишту привредног друштва или предузетника, односно према месту пословања огранка страног правног лица, осим ако је овим законом предвиђена месна надлежност другог суда.¹⁶

Отворено правно питање у окружењу овакве правне инфраструктуре је које је право значење оваквог одређења појма „надлежности судова“ (одређених законом којим се она одређује) за све компанијскоправне спорове? Да ли је ова „стварна надлежност“ из компанијског закона и закона који уређује судове „искључива надлежност“ из специјализованог арбитражног закона? Ако је *ratio legis* прописивања овакве надлежности привредног судства за све интеркомпанијскоправне спорове који произлазе из закона који уређује све форме привредних друштава било искључење могућности уговарања надлежности домаће арбитраже, у складу с правилима арбитражног решавања спорова, мотивисан разлогима јавног поретка,¹⁷ онда би то значило да приватноправни субјекти који настају вољом приватноправних власника капитала не могу својом вољом одредити форум решавања потенцијалног спора из приватноправног уговора. Овакав став водио би изједначавању појма јавног поретка са институтом императивних норми,¹⁸ што је као анахрона концепција одавно напуштен систем одређења овог појма.¹⁹ Отуда нам

15 Закон о уређењу судова за све спорове из Закона о привредним друштвима 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. Вид. Закон о уређењу судова, *Службени тласник РС*, бр. 116/08, 104/09, 101/10, 31/11, 78/11, 101/11, 101/13, 106/15, 40/15, 13/16 и 108/16, чл. 25 и 26.

16 Закон о привредним друштвима – ЗОПД, *Службени тласник РС*, бр. 36/11, 99/11, 83/14, 5/15, 44/18, 95/18 и 91/2019, чл. 7.

17 О лимитираном значају јавног поретка за арбитрабилност, али и даље присутној забринутости да ли арбитражи као приватни пресудитељи могу бити погодни да открију право значење јавног поретка (јавне политике), као што су то националне судије, са сугестијом да то могу подједнако чинити и особе у служби државе, као и особе у служби страна у спору, вид. Stavros L. Brekoulakis, „On Arbitrability: Persisting Misconceptions and New Areas of Concern“, *Arbitrability – International and Comparative Perspective* (eds. Loukas A. Mistelis, Stavros L. Brekoulakis), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2009, 20–32.

18 У погледу ексклузивне надлежности државних судова, еволуција у прилог арбитрабилности, која иде чак и до претпоставке арбитрабилности (као у САД), може се видети на примеру Шпаније, која важи за земљу са либералним прилазом арбитрабилности интеркомпанијскоправних спорова. „Чак и ако је неко питање подвргнуто императивним нормама, оно може бити предмет арбитраже са обавезом арбитра да поштују ова правила.“ Тако Maria del Pilar Perales Viscasillas, „Arbitrability of Intra-Corporate Disputes“, *Arbitrability – International and Comparative Perspective* (eds. Loukas A. Mistelis, Stavros L. Brekoulakis), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2009, 282.

19 Mirko Vasiljević, „Arbitrability *ratione materiae* in company law“, *Правни живоић*, бр. 11/2017, 52–56.

се чини, ипак, да је *ratio legis* овакве норме српског компанијскоправног законодавца (у заједници са законом који уређује судове) не у искључењу могућности уговарања арбитражног уговора и тиме ставу о неарбитрабилности компанијскоправних спорова,²⁰ већ у потреби утврђивања стварне надлежности овог судства (као и посредно месне надлежности) за све спорове „покривене“ овим законом, без обзира на то 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 судови опште надлежности). У поводу предметне арбитражне одлуке, у складу с општим правилима арбитражног права, остаје могућност прописане судске контроле такве одлуке у следству института поништаја или признања и извршења иностране арбитражне одлуке.

Интерпретација компанијскоправног закона (и закона који уређује надлежност судова) на овај начин ипак не би отклонила потребу, ради чињења овог питања са становишта норме и њене функције неспорним,²¹ да то тако јасно уреди прва промена предметних закона, како би аутономија воље приватноправних субјеката имала свој изражај и у избору форума решавања спора (уз лимитативно рестриктивно искључење арбитрабилности спорова који су у фокусу јавног поретка). У противном, став или тумачење норме да је неарбитрабилност интеркомпанијскоправних спорова правило у српском праву (још и без изузетка) био би само сигуран пут за анахронизам и изолационизам, а са становишта интереса инвеститора и економије земље, због познатих предности арбитражног решавања привредних спорова у односу

20 „Сама чињеница да закон предвиђа да се одређена категорија спорова мора решавати пред судом не елиминира *eo ipso* предмет спора као неарбитрабилан. Потребно је да значај заштитног добра одобрава задржавање судског монопола, односно да је само суд у стању својом пресудом да креира жељено правно стање.“ Тако А. Јакшић, 243.

21 Отклањање било којих дилема око (не)арбитрабилности изузетно је важно за правну сигурност учесника арбитражног спора, с обзиром на то да је то битни елемент арбитражног уговора (пуноважност предмета арбитражног спора), те тиме значајан за његову пуноважност, за заснивање надлежности арбитраже, а такође може бити основ поништаја арбитражне одлуке или одбијања признања и извршења иностране арбитражне одлуке. Вид. Piero Bernardini, „National Report for Italy, Arbitration in Company Matters“, *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration* (eds. Jan Paulsson, Lise Bosman), Supplement No. 48, Kluwer Law International, 2007, 5–7; S. L. Brekoulakis, 38–43; Charalambos Pamboukis, „On Arbitrability: The Arbitrator as a Problem Solver“, *Arbitrability – International and Comparative Perspective* (eds. Loukas A. Mistelis, Stavros L. Brekoulakis), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2009, 120–142.

на судско решавање (посебно: флексибилност, мања конфликтност и формалност, поверљивост – посебно код затворених форми друштава са *intuitu personae* природом, афирмација аутономије воље приватних инвеститора и на овом плану – у условима глобализације светских токова капитала, отклањање могућег неповерења страног инвеститора у домаће судове, олакшано признање и извршење страних арбитражних одлука, економија времена), то би било и антиразвојно. Уместо тога, правило мора бити управо супротно: интеркомпанијскоправни спорови приватноправних субјеката су арбитрабилни,²² али уз прописане изузетке (попут: спорови из регистрације привредних друштава и ништавости оснивања друштва,²³ престанак привредних друштава стечајем,²⁴ спорови поводом управноправних аката регулаторних институција и организација, спорови из продаје акција иницијалним јавним понудама или на секундарним тржиштима акција непрофесионалним инвеститорима,²⁵ спорови јавних акционарских друштава – посебно са великим бројем акционара из процедуралних разлога, спорови инфраструктурног, стратешког и регулаторног сектора и слично).²⁶

Поимање искључиве надлежности националних судова (по правилу привредних за компанијскоправне спорове) као бране арбитрабилности иначе је доживело значајну еволуцију. Наиме, дуго се упућивање

- 22 Отворено је, разуме се, питање арбитражног уговора као правног основа сваког арбитражног спора, како са становишта арбитражног права, тако и са становишта компанијског права. О бројним правним питањима (материјалним и процесним – мултистраначка природа и слично) могућности постојања арбитражне клаузуле у уговорима о оснивању привредног друштва, уговору друштва и чланова управе друштва, посебно у статуту акционарског друштва, вид. Мирко Васиљевић, „Арбитражни уговор и интеркомпанијскоправни спорови“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 2/2018, 7–45.
- 23 У француском праву судска пракса и теорија су дуго одбијали да прихвате арбитрабилност спорова из ништавости оснивања привредног друштва, да би на крају француски Касациони суд прихватио арбитрабилност и ових спорова (Cass. Com., п. 98–16.289 од 9. 4. 2002. године).
- 24 У француском праву престанак (ликвидација) компаније и одлучивање о последицама престанка је арбитрабилно (Cass. Com., Bull. N72 од 30. 1. 1967. године), док је стечај у искључивој надлежности државних судова. Вид. А. Brabant, М. Desplats, S. Salem, 150.
- 25 Ова искључења постоје и у француском праву. А. Brabant, М. Desplats, S. Salem, 150.
- 26 У упоредној пракси има више разложних и разумних примера ускраћивања давања концесије уговореном арбитражном форуму и поред постојања арбитражне клаузуле, те прихватања надлежности националних судова у случају злоупотребе права већине и „угњетавања и лошег управљања правима мањинских акционара“ (*oppression and mismanagement of minority shareholders' rights*). Тако су судили судови Канаде, Индије, Сингапура. Вид. Lars Markert, „Arbitrating Corporate Disputes – German Approaches and International Solutions to Reconcile Conflicting Principles“, *Contemporary Asia Arbitration Journal*, Vol. 8, Nr. 1/2015, 29–37.

националним компанијским законима, попут српског, на надлежне (при-вредне) судове као референтне за одлучивање о компанијскоправним споровима тумачило као искључивање арбитрабилности у таквим питањима.²⁷ Међутим, последњи трендови у овим питањима говоре о значајној еволуцији ка становишту да то не мора значити, само по себи, искључивање арбитрабилности таквих спорова,²⁸ јер се и бројне арбитражне институције називају „арбитражним судовима“, те би искључивање арбитрабилности таквих спорова морало бити учињено изричито. То би у првом реду требало да буду питања везана за права којима странке не могу слободно располагати због доминације јавног – државног интереса.²⁹ Управо такву еволуцију је доживело питање арбитрабилности правне ваљаности одлука скупштине друштва с ограниче-ном одговорношћу и акционарског друштва, на шта се дуго гледало као на неарбитрабилно питање због искључиве надлежности судова прописане у корпорацијским законима (као и због чињенице да судска одлука о поништају овакве одлуке има дејство *erga omnes* – на све чланове

27 Тако је, на пример, судио немачки Федерални Врховни суд (*Bundesgerichtshof* – BGH) педесетих година прошлог века. Вид. Н. Raeschke-Kessler, 355.

28 У швајцарском праву, у Федералном закону о међународном приватном праву (*Loi fédérale suisse sur le droit international privé*) искључива надлежност судова је лимит за арбитрабилност у домаћим арбитражама, али не и у међународним комерцијалним арбитражама (чл. 176–194). Ово изгледа следи и из Федералног закона о допуни Грађанског законика из 1911. године (*La Loi fédérale complétant le Code civil suisse*), чл. 706. У Хрватској се у том смислу јасно изјаснио матични арбитражни закон – домаћа арбитража. Само међународна арбитража се не може уговорити ако је прописана искључива надлежност суда, као и ако су стране у спору домаћи привредни субјекти – независно од тога да ли су њихови значајни или контролни власници инострани субјекти, али то није препрека за уговарање надлежности домаће арбитраже, за чије уговарање више није сметња „искључива надлежност судова“, ако то евентуално није на основу изричитог искључења посебним прописом. Вид. Alan Uzelac, „Nove granice arbitrabilnosti prema Zakonu o arbitraži“, *Pravo u gospodarstvu*, бр. 2/2002, 69 и даље; Mihajlo Dika, „Arbitrabilnost i isključiva nadležnost sudova“, *Pravo u gospodarstvu*, бр. 1/1999, 25–42.

29 Вид. Закон о арбитражи, чл. 10 ст. 1 тач. 1, чл. 58 ст. 2 тач. 1, чл. 66 ст. 2 тач. 1; Унци-трал Модел закон о међународним трговачким арбитражама из 1985. (*UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985*), последње измене 2006. године, чл. 34 и 36; Њујоршка конвенција о признању и извршењу страних ар-битражних одлука из 1958. године (*United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*) (ратификација – *Службени листи СФРЈ*, Међународни уговори, бр. 11/81), чл. V ст. 1 тач. ц), ст. 2 тач. а) и б). Вид.: Domenic Di Pietro, „General Remarks on Arbitrability under the New York Convention“, *Arbitrability – International and Comparative Perspective* (eds. Loukas A. Mistelis, Stavros L. Brekoulakis), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2009, 84–98; Европска конвенција о међународним трговачким арбитражама из 1964. године (*European Convention on International Commercial Arbitration*) (ратификација – *Службени листи СФРЈ*, Међународни уговори, бр. 12/63), чл. 9.

друштва и све чланове органа друштва, без обзира на то да ли су учествовали у поступку или не, као својеврсни изузетак од дејства судске одлуке само на учеснике поступка,³⁰ што арбитражна одлука ни у ком случају не би могла да има), док се данас на то питање гледа углавном као на арбитрабилно, јер му арбитрабилност није изричито искључена корпорацијским прописима.³¹

30 У Немачкој је правни основ за такво дејство судске одлуке (нејасно је да ли се односи и на дејство арбитражне одлуке – коришћен је израз „*judgments*“) Закон о акционарским друштвима (*Aktiengesetz (Stock Corporation Act)*); даље у фуснотама: GJSCA), чл. 248 ст. 1 тач. 1.

31 Ипак, гледање националних закона на ово питање није јединствено. У француском праву, спорови из поништаја одлука скупштине компаније су арбитрабилни. Daniel Cohen, *Arbitrage et société*, LGDJ, Paris, 1993, 124. С друге стране, против арбитрабилности спорова за поништај ових одлука изјаснило се 11. Грађанско одељење турског Апелационог суда, File No. 2011/13485, Decision No. 20/19915 од 5. 12. 2012. Вид. Ismail Esin, Ozgun Celebi, Sevgin Erker, Demet Kasarcioglu, „Arbitrating M&A Disputes“, *Arbitration in Turkey* (eds. Ismail Esin, Ali Yesilimark), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2015, 271.

У немачком праву, Федерални Врховни суд (*BGH*) се прво (у марту 1996. године), тумачећи предметну одредбу Закона о акционарским друштвима (GJSCA, чл. 248 ст. 1 тач. 1) изјаснио да се одредба односи само на државне судове и да су стога спорови за поништај одлука скупштине друштва с ограниченом одговорношћу (*GmbH*), чији је оснивачки акт садржао арбитражну клаузулу, неарбитрабилни (*Arbitrability I*), сматрајући да закон не обезбеђује механизам за учешће свих чланова друштва и чланова органа друштва у именовању арбитра за јединствен арбитражни поступак, као што не обезбеђује механизам против покретања других арбитражних поступака других чланова друштва или, пак, покретање паралелног арбитражном поступку другог судског поступка (додајући овом и аргумент могућности дејства само судске одлуке *erga omnes*, а не и арбитражне одлуке). Ова одлука највишег суда била је подвргнута оштрој критици, уз давање конкретних предлога (модела арбитражне клаузуле за ове потребе) решавања наведених процедуралних сметњи за арбитрабилност поништаја одлука скупштине овог друштва. Коначно (у априлу 2009. године), немачки Федерални Врховни суд (*BGH*) одустао је од става израженог у предметној одлуци и заузео потпуно супротан став – одлуке скупштине друштва с ограниченом одговорношћу су арбитрабилне и имају, као и судске истоветне одлуке, *erga omnes* дејство на све чланове друштва и све чланове органа друштва, без обзира на то да ли су учествовали у арбитражном поступку, под условом да су испуњени одговарајући процедурални (пред)услови утврђени овом одлуком највишег суда (*Arbitrability II*). Интересантно је истаћи да је овакав став заузет иако немачки закон који уређује акционарска друштва (GJSCA, чл. 246), а који се у овом домену примењује и на друштва са ограниченом одговорношћу (*GmbH*), ово питање сврстава у искључиву надлежност државних судова. L. Markert, 37–38, 42–48; H. Raeschke Kessler, 356. Вид. и Татјана Јевремовић Петровић, „Арбитрабилност спорова у вези са побијањем одлука скупштине привредног друштва“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2018, 231–232.

III Привредна друштва и индивидуална тужба

Индивидуалну тужбу може подићи сваки ортак, члан или акционар (нема разлога да то не могу и удружења акционара или инвеститора, али не као тужбу класе акција)³² којима је одлукама органа друштва или радњама лица која имају дужности према привредном друштву проузрокована (непосредно, директно – принцип директне штете: *direct harm approach*) нека *шћейта йовредом дужносћи*. Примери из судске праксе за ову тужбу нарочито су: неисплата или утаја дивиденде, нетачно приказивање резултата пословања друштва како би се избегла исплата дивиденде, повреда права пречег уписа акција при повећању основног капитала друштва, принуда акционара да упишу акције (при повећању основног капитала под неповољнијим условима него остали акционари), онемогућавање остваривања права гласа и слично.

Основно питање код индивидуалне тужбе је, дакле, да ли чланови друштва (као и невољни повериоци – деликтна одговорност) имају право само на накнаду штете која им је непосредно проузрокована одлукама чланова органа привредног друштва (непосредна – директна штета) или имају право и на накнаду посредне – рефлексне штете која им је таквим одлукама проузрокована, поред права друштва на накнаду проузроковане му непосредне – директне штете тим одлукама и радњама (повреда тих лица дужности према друштву)? Чини се да је владајуће правило упоредног права и праксе да чланови привредног друштва имају *йраво на индивидуалну йужбу само йо основу шћейте која им је нейосредно нанейта* штетном радњом лица са посебним дужностима према друштву (тзв. *нейосредна шћейта – основ: уйовор о оснивању друшћива*),³³ али не и *йо основу штете која је таквим радњама тих лица непосредно нанета друштву (по основу које може подићи тужбу само друштво или чланови друштва деривативно), а йиме йосредно и њима (йринциј забране йзв. рефлексне – йосредне шћейте – „рикошетй шћейте“)*.³⁴ Типичан пример

32 Paul Le Cannu, Bruno Dondero, *Droit des sociétés*, Paris, 2012, 307.

33 Вид. случај *Heron International Ltd v. Lord Grade* у ком је одбор директора у поступку понуде за преузимање прихватио понуду са нижом ценом и поред постојања понуде са вишом ценом, чиме је нанео штету акционарима који су депоновали своје акције за продају. Вид. Laurence C. B. Gower, Paul L. Davies, *Principles of Modern Company Law*, London, 2008, 626; R. P. Austin, I. M. Ramsay, H. A. J. Ford, 667–673.

34 У енглеском праву постоје три правила: прво, ако је штета од стране лица која имају дужности према друштву нанета само компанији, онда накнаду штете може тражити само компанија (или чланови за рачун компаније – деривативно), али не и чланови по основу посредне – рефлексне штете коју и они имају по том основу; друго, ако је штета проузрокована компанији, али компанија не поднесе тужбу, члан друштва може поднети индивидуалну тужбу и ради накнаде рефлексне – посредне штете и, треће, ако је реч о дужностима и према компанији и према члановима

рефлексне штете за власнике друштва је пад вредности акција,³⁵ али све више у пракси и: изостанак очекиваног плаћања члановима друштва од стране друштва проузроковано због штете коју је друштво претрпело повредом дужности према друштву од стране лица са тим дужностима, изостанак раста цене акција по основу одговорности лица са посебним дужностима према друштву, или по правилу неосновано лишавање права пречег уписа акција (ипак, ако је по овом основу нанета штета корпорацији, могућа је и деривативна тужба).³⁶

Концепт српског компанијског закона о праву на индивидуалну тужбу (чланова друштва и евентуално поверилаца) и по основу повреде дужности лица са таквим дужностима према друштву (тима и штете нанете директно друштву – посредно и члановима друштва – *дозвољености*

вима друштва, онда и један и други субјект могу поднети тужбе за накнаду њима проузроковане штете. Joyce Lee Suet Lin, „Barring Recovery for Diminution in Value of Shares on the Reflective Loss Principle“, *Cambridge Law Journal*, Vol. 66, Nr. 3/2007, 537–538; L. C. B. Gower, P. L. Davies, 623–626; J. Charlesworth, 350–353; Charles Wild, Stuart Weinstein, *Smith & Keenan’s Company Law*, Longman, London, 2005, 287–293. У енглеској теорији се сматра да је Компанијски закон из 2006. године (*Companies Act 2006*; даље у фуснотама: GBCA 2006) нешто изменио концепт заштите чланова друштва, што би требало да допринесе и ублажавању принципа забране накнаде рефлексне штете. Jansen B. J. de Jong, „Shareholders’ Claims for Reflective Loss: A Comparative Legal Analysis“, *European Business Organization Law Review*, Vol. 14, Nr. 1/2013, 97–118.

Право САД-а не негира право чланова друштва на накнаду штете проузроковане повредом дужности управе према друштву, али је потребно да је реч о непосредној штети члановима, а не рефлексној – посредној штети непосредне штете компанији. Разлог за овај став је избегавање двоструке накнаде и искључење индивидуалних тужби, јер би било немогуће израчунати штету коју чланови друштва појединачно посредно имају због повреде дужности према друштву (посебно уколико чланови друштва никад не продају своје капитал учешће у друштву). Вид. J. L. Suet Lin, 552–557. Немачки Закон о акционарским друштвима не дозвољава индивидуалну тужбу за накнаду штете акционарима која је последица штете настале на имовини друштва. GJSCA, чл. 117 ст. 1.

35 Чини се да је у овом смислу пракса аустралијских судова прихватљивија. У овом случају, штета је нанета и компанији, али и акционарима. Да не би било дупле накнаде по истом основу (и компанији по њеној тужби или по деривативној тужби акционара и акционарима по индивидуалној или колективној тужби), сматра се да је природа одговорности различита: *према компанији је уговорна одговорност за проузроковану штету, а према акционарима је деликтивна одговорност за штету* мерену према другим критеријумима. Ипак, ово питање и даље остаје контроверзно и са неуједначеном праксом. R. P. Austin, I. M. Ramsay, 673–674, 684–685.

36 Амерички правни институт у Пројект корпорацијског управљања укључио је осетљиву одредбу која овлашћује судове да *ипријирају деривативну тужбу као индивидуалну у случају зашворених друштва* ако установе да чинећи тако неће изложити тужену страну многобројним тужбама, оштећењу интереса поверилаца или се мешати у фер расподелу накнаде свим заинтересованим странама. R. Hamilton, 411–412.

накнаде „рефлексне штеће“),³⁷ без изричитог установљења директне дужности и одговорности тих лица према трећим лицима и тиме проузроковане им непосредне штете због повреде тих дужности,³⁸ у основи одступа и од енглеског права (не дозвољава индивидуалну тужбу по основу повреде дужности према друштву), и од америчког права (које дозвољава индивидуалну тужбу по основу повреде дужности према друштву, али је потребно да је реч о штети нанетој непосредно члановима), као и од немачког права (забрањује индивидуалну тужбу за штету нанету имовини друштва).³⁹ И француска теорија признаје да је, у прин-

37 Нажалост, захтеви акционара (не само директних, већ и индиректних) за накнаду индиректне (посредне, рефлексне) штете, у своје име и за свој рачун кад је штета нанета директно – непосредно компанији повредом дужности према компанији, широко су прихваћени и у пракси међународних инвестиционих арбитража, посебно у пракси Међународног центра за решавање инвестиционих спорова у Вашингтону (*International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)*), с позивом на UNCITRAL арбитражна правила из 2010. године (*UNCITRAL Arbitration Rules*) и одговарајуће билатералне споразуме о заштити страних инвестиција које међусобно закључују државе (држава домаћин инвестиције и држава држављанства или седишта инвеститора – *Bilateral investment treaty (BIT)*). Иако, по правилу, национална права искључују право члана компаније на рефлексну – посредну штету, међународни арбитражни трибунали полазе од тога да је *BIT* међународни извор и тиме има јачу правну снагу од националних извора државе домаћина инвестиције. Наиме, за разлику од става израженог у пресуди Међународног суда правде (*International Court of Justice (ICJ)*) да одвојеност правног субјективитета компаније не даје право на накнаду штете и компанији и акционарима и поред чињенице да су обоје претрпели штету (*Barcelona Traction, Light and Power Co. Ltd. – Belgium v. Spain, Judgment ICJ Reports, 1970, пар. 44*), ICSID арбитраже дају право акционарима (посебно већинским, али све више и мањинским) на накнаду рефлексне – посредне штете, и то по основу одговорности државе домаћина инвестиције и кад је непосредна штета нанета компанији, кад је у одговарајућем *BIT*-у улагање у акције укључено у појам стране „инвестиције“. Вид. ICSID, Case No. ARB/03/20, *Telefonica S.A. v. The Argentina Republic*, Decision on Objections to Jurisdiction, 25. 5. 2006, пар. 75; ICSID, case No. ARB/03/17, *Suez Sociedad General de Barcelona S.A. and Inter Aguas Servicios Integrales del Agua S.A. v. Argentina*, Decision on Jurisdiction, 16. 5. 2006, пар. 46. У овој одлуци Трибунал заузима став да иако је локална компанија повукла тужбени захтев против државе домаћина, то не спречава акционара да подигне сопствени захтев базиран на *BIT*-у и на истим чињеницама и истом основу. Против овакве праксе међународних арбитражних трибунала (уз прихватљивост само изузетно: 1) ако је имовина компаније експрописана или ако је локална компанија потпуно уништена; 2) ако је локална компанија лишена права на тужбу и 3) у случају негирања (порицања) правде), изјашњава се Zachary Douglas, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, 425–443.

38 ЗОПД, чл. 78 у вези са чл. 61.

39 Овакво решење српског права о дозвољености посредне („рефлексне“) штете чланова друштва (коју претрпе због повреде лица са дужностима према друштву поред штете на коју има право друштво, јер је њему директно проузрокована и некад

ципу, тешко доказати индивидуалну штету која није и штета нанета самом друштву (принцип забране накнаде рефлексне – посредне штете акционарима)⁴⁰ и да су такви случајеви ретки у пракси (претпоставља, у принципу,

посредно члановима – „пробој правне личности“), односно недозвољености индивидуалне тужбе против чланова органа друштва (одговорност само правног лица – немогућност „пробоја правне личности“) за непосредно нанету штету (осим дискриминације појединачног акционара квалификованом кривицом по општим правилима уговорног права), може да буде практично тешко реализиво (тешкоће доказивања посредне штете члановима која није истовремено и штета нанета друштву) и извор бројних спорова са нејасним исходима. Искључење права на индивидуалну тужбу по основу посредне штете члановима друштва (пored штете нанете друштву) и установљење права на ову тужбу само по основу непосредно нанете штете члановима друштва је (али само по основу квалификоване кривице чланова органа друштва – пробој субјективитета друштва, а не по основу обичне непажње, када остаје само одговорност правног лица према члановима друштва – непробој правног субјективитета), упоредноправно посматрано, оправданије и, са становишта правне сигурности, пожељније решење. До тада, судска пракса остављаће простора за спорове чланова друштва по основу индивидуалне тужбе за посредну штету члановима друштва. „Основ и висина штете која је учињена члановима привредног друштва може се утврђивати само након утврђења основне и висине штете причињене самом друштву.“ Пресуда Привредног апелационог суда, Пж. 7572/2013 од 11. 4. 2014. године. Залагање за измене српског компанијског закона, у смислу искључења права чланова друштва на накнаду рефлексне штете уколико је друштво (или акционари деривативно) у могућности да подигне директну тужбу (немогућност доношења одлуке од стране надлежног органа друштва због блокаде одлучивања и слично) за накнаду штете друштву због повреде посебних дужности лица са таквим законским дужностима у српској теорији, заступа и Јелена Лепетић, „Право акционара на индивидуалну тужбу“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 1/2004, 187–204.

- 40 Захтеви акционара за рефлексну – посредну штету имају иначе, рекло би се, непремостиве практичне тешкоће: мултипликовани захтеви (ланац спорова), који могу водити контрадикторним арбитражним одлукама (пример: два трибунала, две различите одлуке, основ исти: трибунал „Lauder“ одбија тужбени захтев, док трибунал „СМЕ“ усваја тужбени захтев за 270 милиона долара – није било могуће истаћи приговор литиспенденције нити приговор пресуђене ствари, јер формално није постојао субјективни идентитет због различитости странака – тужилаца) и дуплим накнадама; подстицање тзв. „forum shopping-a“ и „treaty shopping-a“, као и одређивање квантума ове штете. Вид. UNCITRAL Arbitration in London, *Lauder v. The Czech Republic*, Final Award, 3. 9. 2001, пар. 235 и UNCITRAL Arbitration in Stockholm, *CME Czech Republic BV v. The Czech Republic*, Final Award, 14. 3. 2003, пар. 430–437, 620. О евентуалним механизмима да се спречи дупла накнада (узимање у обзир накнаде коју је већ досудио други трибунал или национални суд државе домаћина инвестиције; гаранција тужиоца за враћање дупле накнаде у случају потребе; у случају тужби индиректних акционара, тражење „разумне узрочне везе“ између капитал учешћа и настале штете локалној компанији – удаљеност изван које се захтеви не би прихватили) вид.: Hanno Wehland, *The Coordination of Multiple Proceeding in Investment Arbitration*, Oxford University Press, Oxford, 2013; Lucian Ilie, „Shareholders’ Claims in Investment Treaty Arbitration: No Piece of Cake!“, *Romanian Arbitration Journal*, Nr. 3/2019, 21–26.

дискриминаторни однос према одређеном члану друштва – посебна штета нанета само одређеном акционару: *special injury rule*).⁴¹

Институт индивидуалне тужбе у компанијском праву ни у ком случају не дира у принцип уговорног права о *одговорности и правној лица* (непробој правног субјективитета) *према трећим лицима* (чланови друштва и невољни повериоци – деликти) за штете које им нанесе орган правног лица у вршењу својих послова (уз могућност регреса ако је то учињено квалификованом кривицом). Дакле, та одговорност остаје, али установљење директне одговорности чланова органа друштва према трећим лицима, у одређеним случајевима по основу индивидуалне тужбе компанијског права, представља одступање од овог правила (пробој правног субјективитета). Отуда, *иужени по индивидуалној тужби може да буде и друштво* (по правилима уговорног права),⁴² односно и *чланови органа друштва* (који су одговорни за штетну одлуку – „пробијање правне личности“) или и *група лица* која у складу са законом имају дужности према привредном друштву, чијом повредом вршења су проузроковали штету тужиоцу.⁴³ Индивидуалну тужбу може подићи или једно лице у своје име, или више лица која делују

41 P. L. Cannu, B. Dondero, 306; Frédéric Peltier, *La Corporate Governance*, Paris, 2004, 122–124.

42 За супротан став – да тужени код индивидуалне тужбе (реч је о одговорности према трећем лицу), као ни код деривативне не може бити само друштво (код које је, међутим, логично јер је реч о накнади штете самом друштву – подиже се за рачун друштва, те би и у случају позитивног исхода по тужби дошло до конфузије повериоца и дужника у истом лицу) вид. Јована Величковић, *Деривативна иужба: компанијско-правна и процесно-правна анализа*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2019, 362–363.

43 ЗОПД, чл. 78. Овим конституисана одговорност лица са дужностима према друштву, не само према друштву, већ и према трећим лицима, јесте одступање од одредбе ЗОО (чл. 172) по којој *правно лице одговара према трећем лицу за штету* коју му је нанео његов орган у вршењу или у вези са вршењем његових функција уз могућност регреса. Овим се, *пored одговорности друштва* (према овом општем правилу – уговорна одговорност), уводи и *директна одговорност ових лица* (отворено је питање природе: уговорна или вануговорна – деликтна одговорност). У америчкој теорији износи се став да је одговорност корпорације према трећим лицима довољна у редовним случајевима (непостојање разлога за стечај), те да нема разлога и за паралелну одговорност директора и других лица са дужностима према корпорацији, али да таквој одговорности ових лица, првенствено према повериоцима, има места у стечају корпорације. R. Hamilton, 373–374. Ипак, чини се да је прихватање одговорности чланова органа привредних друштава (и лица са дужностима према друштву) према трећим лицима – акционарима и повериоцима (не само према друштву и не само друштва према трећим лицима) све више присутно. Вид. Швајцарски законик о облигацијама из 1911. (*Code des obligations*; даље у фуснотама: ШЗО), доступно на адреси: <https://www.droit-bilingue.ch/rs/lex/1907/00/19070042-index-fr-it.html>, 25. 3. 2020, чл. 752–754; за енглеско право вид. GBCA 2006, чл. 994; Robert Pennington, *Corporate Law*, London, 1995, 805 и даље; за француско право вид. Трговачки законик из 1807. (*Code de commerce*; даље у

заједно (проузроковање штете већем броју лица и слично) у њихово име (супарничарство).

IV Привредна друштва и деривативне тужбе

1. Поводи, потребе и порекло

Корпоративно управљање друштава капитала почива на принципу капитал већине, с обзиром на то да овај фактицитет има своју правну димензију на плану контроле доношења управљачких одлука и пословних токова. Отуда, једна од основних парадигми корпоративног управљања је и јачање законских права капитал мањинских чланова друштва у мери која не нарушава потребну ефикасност доношења пословних одлука (интерес друштва), а обезбеђује заштиту права капитал мањине (интерес мањине) и потребну контролу капитал већине. Обезбеђење овог баланса интереса (слобода и флексибилност доношења пословних одлука управе друштва и заштита инвеститора) стратешки је задатак свих института компанијског права који улазе у арсенал корпоративног управљања и права мањинских капитал чланова. Управо је таква улога намењена и институту деривативних тужби, које имају својеврсну троструку функцију: *йревентивна* (одвраћање управе од штетних и незаконитих поступања у најширем смислу), *казнена* (репараторна) за лица са прописаним дужностима према друштву због повреде тих дужности и *конйролна* (надзор мањинских капитал чланова над процесима управљања и корпоративним одлукама капитал већине).

Привредно друштво као правни субјект има капацитет да се својим *дирекйним йужбама* штити од штетних аката лица са фидуцијарним дужностима према њему, али због механизма доношења корпоративних одлука и могуће блокаде доношења одлуке о покретању спора против тих лица, то често ипак није у могућности, те уместо њега то могу чинити за његов рачун (*деривайивно*) мањински чланови, као својеврсни резидуални повериоци који врше неке правне радње уместо свог дужника,⁴⁴ или то пак могу радити и вољни (уговорни) повериоци. *Дери-*

фуснотама: C-comm), доступно на адреси: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEX000005634379>, 25. 3. 2020, чл. 225–251.

44 Као, на пример: покретање стечајног поступка, побојна тужба, побијање спора-зумно утврђене вредности неновчаног улога у друштво, пробијање правне личности, покретање одговорности због повреде правила ограничења плаћања члановима друштва по било ком основу, захтев за обезбеђење потраживања у случају смањења основног капитала или статусних промена привредног друштва и слично. Вид. Ј. Величковић, 55–63.

вајивна тужба (порекло јој се везује за два прецедентна случаја *common law*)⁴⁵ је по својој природи извесно ограничење принципа већинског одлучивања и таквог доношења корпоративних одлука, те као таква може да ограничава слободу доношења пословних одлука и уместо механизма решавања агенцијских проблема корпоративног управљања може да представља и сам узрок тих проблема (уздржавање управе од доношења пословних одлука ради избегавања пословних ризика). Кључни моменат који у регулативи ове тужбе сваки законодавац мора да има у виду је *интерес комјаније – допринос остварењу профитне циљне функције* (доприноси ли томе више потреба заштите инвеститора у акције – мања процедурална и контролна овлашћења за ову тужбу или потреба слободе доношења пословних одлука у доброј вери и с прописаном дужном пажњом – процедурална ограничења и судска контрола у свим фазама која ову тужбу свде на ранг изузетка).

2. Појам, основи и активна и пасивна легитимација

Штета проузрокована компанији повредама прописаних компанијскоправних дужности лица са таквим дужностима према њој (првенствено директора друштва, као и „фактичких директора“ и „директора у

45 У прецедентном случају *Foss v. Harbottle* (за који се иначе везује настанак ове тужбе – 1843. година), суд је одбио тужбу двојице акционара којом су они у име друштва тужили чланове управе и осниваче због тога што су продали друштво нека добра по цени већој од тржишне, сматрајући да друштво и његови акционари нису исти субјекти у праву, те да за штету нанету друштву тужбу може поднети само друштво (разлози: правни је субјект, спречавање вишеструких тужби акционара, одлука суда била би неефикасна, одлука већине гласова за подизање тужбе је меродавна). Овом одлуком промовисана су два важна принципа компанијског права: правило већине и самосталност правног субјективитета компаније. Полазећи од овог прецедента, судови су касније прихватили изузетке на основу којих је заправо и настала деривативна тужба. У другом случају – *Mozley v. Alston*, два акционара су покушала да спрече два члана управног одбора да даље врше ту функцију, с обзиром на то да је по правилу ротације требало да буду замењени другима, а суд је стао на становиште да нема места тужби, јер када је штета друштву нанета одлуком просте већине, то је обавезујуће за друштво. Неколико је изузетака од ових прецедентних правила, који промовишу ову тужбу и њену дозвољеност: када је реч о радњама које су незаконите или *ultra vires*; када је одлука донета непрописном већином; када су повређена и индивидуална права акционара и када је нанета штета друштву, могу се подићи конкурентно и индивидуална и деривативна тужба; у случају „преваре мањине“, кад надлежни орган друштва није могао подићи тужбу за друштво, јер је под контролом лица које је извршило превару. Вид.: Laurence C. B. Gower, *Principles of Modern Company Law*, London, 1992, 643–672; R. Pennington, 863–920; J. Charlesworth, 396–444; Peter Loose, John Yelland, David Impey, *The Company Director – Powers and Duties*, Bristol, 1993, 306–315; R. P. Austin, I. M. Ramsay, 687–689.

сенци“, али и чланова других органа друштва)⁴⁶ или поступања чланова друштва са прописаном дужношћу према друштву или чланова друштва уопште (неуношење улога у друштво, прецењеност вредности улога) може настати по више основа. Прво, повреда прописаних дужности према друштву: повреда дужности по основу сукоба интереса, повреда дужности избегавања сукоба интереса, повреда недозвољене конкуренције, повреда дужности чувања пословне тајне, повреда дужности пажње. Друго, искључење члана друштва с ограниченом одговорношћу. Треће, повреда дужности ограничења плаћања. Четврто, повреде осталих дужности према компанији (уношење улога у друштво, обавезе у вези са проценом вредности неновчаних улога, одговорност преносиоца и стицаоца код преноса удела или акција и слично). Постоје, дакле, вишеструки основи ове тужбе⁴⁷ – „*вишеглава деривативна тужба*“.⁴⁸

Како је у сваком случају реч о штети која настаје првенствено компанији као правном субјекту, то је логично да се као тужилац по овом основу појави само друштво (*директивна тужба – друштво примарни тужилац*) кога заступа у том спору неки директор друштва, а тужени може бити неки други директор друштва, као и друга лица са дужностима према друштву која су повредила те дужности („*директор против директора*“). Ако овај поступак *не покрене само друштво* (блокада одлуке од стране контролног акционара о чијој је одговорности реч и слично), овај поступак по принципу деривације у своје име, а за рачун друштва (*actio pro socio* – тужба за друштво), може покренути као *тужилац сваки члан или акционар (секундарни тужиоци)* – „*члан друштва против директора*“ (*бићни моменти: нејодизање тужбе од стране компаније*), или *члан и акционар* који појединачно или скупно поседује прописани проценат

46 О овим институтима више вид. Мирко Васиљевић, *Компанијско право – право привредних друштва*, Београд, 2019, 153–154.

47 Сматра се да нова дефиниција британског права појма дужности према компанији (проширење и на друге конституенте: запослене, повериоце, субјекте заштите животне средине и др.) проширује и основе деривативне тужбе, јер ову тужбу могу поднети и запослени и субјекти заштите животне средине, ако су акционари, по основу повреде њихових заштићених интереса од стране лица са дужностима према компанији при доношењу пословних одлука, што се оцењује као ризично, посебно за неизвршне директоре. Вид. Arad Reisberg, *Derivative Claims Under the Companies Act 2006: Much Ado About Nothing?*, 2008, доступно на адреси: <http://ssrn.com/abstract=1092629>, 28. 3. 2020, интернет извор без броја стране.

48 О модалитетима деривативне тужбе: L. C. V. Gower, P. L. Davies, 621–623; Dario Latella, „Shareholder Derivative Suits: A Comparative Analysis and the Implications of the European Shareholders’ Rights Directive“, *European Company and Financial Law Review*, Nr. 2/2009, 1–17; М. Васиљевић (2019), 176–179; Владимир Савковић, *Деривативне акционарске тужбе*, Подгорица, 2004, 47–70; Драган Голубовић, „Деривативна тужба – инструмент заштите мањинских интереса“, *Правни живот*, бр. 11/1995, 55–73.

капитал учешћа (према српском закону, то је „најмање 5%“ основног капитала друштва).⁴⁹

Дакле, ако тужбу *подиже само друштво* (*друштво тужилац – директна тужба*), оно је тужилац у своје име и за свој рачун, а ако тужбу *подиже законом овлашћени члан или акционар* (*активна лезитимација*)⁵⁰ као деривативну, *подиже је у своје име а за рачун друштва* (досуђена накнада штете припада друштву, а не тужиоцима) против одговорних лица која имају дужности према друштву у складу са законом (тужени).

Пасивно легитимисана лица (*тужени*) према српском компанијском закону код деривативне тужбе су лица која имају прописане дужности према друштву (актуелна и ранија до истека рокова застарелости, лица одређена законом или друга лица одређена оснивачким актом

49 ЗОПД, чл. 79, 184, 275 и 196; немачко право (GJSCA, чл. 147–148) код друштава капитала тражи цензус од 1% (или поседовање најмање номиналне вредности 100.000 евра); у праву САД-а се не тражи капитал цензус и право на деривативну тужбу је индивидуално право сваког члана друштва (постојећег или бившег), као и члана органа друштва – *officers* (постојећег или бившег). Вид. Модел корпорацијски закон из 2016. године (*Revised Model Business Corporation Act 2016*; даље у фуснотама: RMBCA), sec. 3.04, 7.40–7.41, доступно на адреси: https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/business_law/corplaws/2016_mbca.authcheckdam.pdf, 25. 3. 2020; исто и у аустралијском праву (вид. R. P. Austin, I. M. Ramsay, 675–680); у Великој Британији (након озакоњења деривативне тужбе и одступања од прецедентних случајева *common law*) право на деривативну тужбу је такође индивидуално право и није условљено капитал цензусом, али се поступак донекле разликује у Шкотској од поступка у Енглеској, Велсу и Северној Ирској (GBCA 2006, чл. 260–269); у континенталној европској пракси и праву: француско право за ову тужбу за листиране компаније тражи капитал цензус од најмање 5% акција с правом гласа (C-comm., чл. 225–120, чл. 225–252); италијанско право за деривативну тужбу код отворених компанија тражи капитал цензус од 2,5% основног капитала друштва (вид. италијански Грађански законик из 1942. (*Codice civile*), чл. 2393 – *bis*).

50 Српско право као неопходну процесну претпоставку тражи постојање овог својства у време подизања тужбе, независно од тога да ли је основ тужбе настао пре или за време постојања својства члана (постојање правног интереса – актуелни члан), али не одређује изричито да ли такав тужилац може остати тужилац и ако током поступка располаже својим капитал учешћем (чини се да то више није логично, јер нема правни интерес да ради за рачун компаније, пре има интерес да ради тада за свој рачун – бивши члан), с тим што одређује могућност ступања на његово место у својству тужиоца, уз његову сагласност, стицаоца његових акција или удела до окончања правноснажног парничног поступка (укључујући и ванредне правне лекове) – *субјективно иреиначење тужбе* које тражи по процесним прописима и сагласност туженог (ЗОПД, чл. 79); истоветно је и решење британског компанијског права (GBCA 2006, чл. 260 ст. 4); у неким америчким државама се захтева постојање својства акционара од настанка основа до тужбе и континуирано током поступка, у другима се тражи то својство само у време подизања тужбе (R. Hamilton, 416); италијанско право (*Codice civile*, чл. 2393 – *bis*) тражи поседовање капитал учешћа члана – тужиоца током трајања поступка.

или статутом друштва – „директори у сенци“, „фактички директори“ и др.), али и са њима повезана лица кад су уговорна страна и несавесно треће лице, а све зависно од основа деривативне тужбе. Тако, *код њовреде дужности њажње*, тужени су чланови органа друштва, заступници и прокуристи и ликвидациони управник; *код њовреде дужности сукоба инѡтереса*, тужени су сва лица која имају дужности према друштву а „која имају лични интерес у том послу, односно правној радњи“, као и са њима повезана лица која су била уговорна страна и треће лице чија се несавесност докаже; *код дужности избеђавања сукоба инѡтереса*, тужени су сва лица са дужностима према друштву, као и са њима повезана лица; *код њовреде дужности ѡшћовања забране конкуренције*, тужени су сва лица која имају дужности према привредном друштву, осим ликвидационог управника (интересантно је да тужени овде није несавесно треће лице); *код њовреде дужности чувања ѡсловне ѡајне*, тужени је лице које је повредило ову дужност; *код искључења члана друшћва с ођраниченом одђоворношћу*, тужени је друштво које на захтев члана није донело одлуку о искључењу и члан чије се искључење захтева и *код њовреде дужности ођраничења ѡлађања*, тужени су чланови органа друштва који су донели такву одлуку и акционари којима је извршено такво плађање.⁵¹

*Тужбени захћев*и по деривативној тужби, у смислу српског процесног и материјалног права, могу бити: *кондемпнѡрни* (накнада штете због повреде посебних дужности према друштву; пренос на друштво користи које је тужени или са њим повезано лице остварило повредом дужности избегавања сукоба интереса и/или повредом дужности неконкуренције друштву и исплата износа који је примио члан друштва по основу повреде правила о ограничењу плађања), *констћиућивни* (поништај правног посла или правне радње у којима постоји лични интерес, искључење члана из друштва по основу повреде дужности чувања пословне тајне и/или забране конкуренције и искључење члана друштва с ограниченом одговорношћу), изузетно утврђујући и *декларѡрни* (кад се утврди повреда правила о одобравању послова и радњи у којима постоји лични интерес по основу повреде дужности пријављивања истих надлежном органу друштва – тада надлежни суд може изрећи и меру привременог ограничења права вршења функције директора, чла-

51 ЗОПД, чл. 61, 64, 65 ст. 3 тач. 3 и 4, 67, 71 и 76. О одговорности директора (бившег директора, „фактичког директора“ и „директора у сенци“) по основу деривативне тужбе и посебно несавесног трећег лица (увек повезано са повредом дужности према компанији лица са таквим дужностима) у британском праву вид. GBCA 2006, чл. 260 ст. 5, чл. 170 ст. 5, чл. 233 и 251; R. Pennington, 805–811; A. Reisberg, *Derivative Claims Under the Companies Act 2006: Much Ado About Nothing*, интернет извор без броја стране.

на надзорног одбора, заступника или прокуристе у трајању од годину дана – дисквалификација директора).⁵²

Право на подизање деривативних тужби је свакако законско право, те се оно не би могло (унапред апстрактно) искључити или ограничити на било који начин оснивачким актом, статутом или одлуком скупштине друштва или другог органа друштва (*pactum de non p(r)etendo*), али би таква могућност постојала по настанку конкретног основа (конкретно и *ex post*). Таква могућност предвиђена је у складу с упоредноправним решењима и српским компанијским законом: могућност друштва да се квалификованом већином скупштине друштва (3/4) одрекне (директна тужба) захтева за накнаду штете од „директора друштва“ и „чланова надзорног одбора“, осим ако се томе не успротиве мањински акционари са најмање 1/10 основног капитала друштва (ова могућност може утицати и на активизам мањинских чланова у вези са подизањем деривативне тужбе, односно ово право може водити и овлашћењу суда, кад је као такво прописано, да одбаци деривативну тужбу због неутуживости субјективног права као неопходне процесне претпоставке) – већинска ратификација (одобрење) повреде дужности према друштву.⁵³

3. Повериоци и деривативна тужба

Право поверилаца на подизање деривативне тужбе у редовним случајевима ретко је прихваћено у упоредном праву и поред чињенице да је оно широко признато у стечајном поступку кроз институт паулијанске тужбе, која је по дејству истоветна деривативној тужби. Ако је, уз то, ово право везано за капитал цензус (као што је то случај српског права

52 ЗОПД, чл. 64, 67, 71, 74, 76, 184, 196 и 275 ст. 6. Више о институту дисквалификације директора вид. Вук Радовић, „О оправданости прихватања института дисквалификације директора“, *Право и њиврега*, бр. 1–3/2010, 26–56.

53 ЗОПД, чл. 415, 235 и 447. О немогућности овакве ратификације повреде дужности према друштву и тиме ослобођења од одговорности (искључење директне и деривативне тужбе, као и колективне, ако постоји) у енглеском праву и пракси у случају постојања преварне радње код те повреде, као и о низу случајева у којима је суд одбио да прихвати такву ратификацију и њено дејство, те о непоштености наметања ове ратификације, иако донете већински, мањинским акционарима, истоветно као и у случају негативне одлуке по њиховом претходном захтеву за подизање деривативне тужбе (режим *common law*) и, чини се, дозвољености ратификације и таквих повреда дужности (у мери у којој су и те повреде и њихова ратификација интерес акционара и друштва – мада закон ипак оставља извесну нејасност у том погледу) строгом већином, без могућности да у одлучивању учествују акционари који имају интереса, директног или индиректног – сукоб интереса (режим GBCA 2006) вид. Riley Christopher, „Derivative Claims and Ratification: Time to Ditch some Baggage“, *Legal Studies Durham Research Online*, Vol. 34, Nr. 4/2014, 582–608.

– поседовање најмање 5% основног капитала друштва, појединачно или удруживањем с другим), онда практично код једночланих друштава и код друштава код којих појединачни акционар поседује преко 95% капитал учешћа нема могућности за подизање ове тужбе, јер нико не може имати активну легитимацију. Све су ово разлози за признање повериоцима права на активну легитимацију у подизању ове тужбе у редовним случајевима (посебно ако је наплата потраживања повериоца угрожена, што може уследити не само у стечајном поступку). За ово говоре посебно и разлози недовољне популарности ове тужбе у животу привредних друштава (са мањинским члановима као једино активно легитимисаним) због непостојања директног економског интереса тужиоца и контроверзно решеног питања сношења трошкова овог поступка, што додатно дестимулише подизање ове тужбе. Ово су били разлози да се ово право призна повериоцима (поред таквог права мањинских акционара) у немачком и шпанском акционарском праву.⁵⁴

4. Деривативна тужба код друштава лица и групе друштава

Српски закон оставља отвореним питање да ли могућност подношења ове тужбе постоји код командитног и ортачког друштва, с обзиром на то да то изреком не искључује, а с друге стране право чланова друштва (заједнички термин за све власнике било које форме друштва) на подизање ове тужбе везује за капитал цензус (који не постоји као категорија код командитног и ортачког друштва). Овај проблем постао је још сложенији због чињенице да је српски компанијски закон дозволио деривативну тужбу (општи режим ове тужбе) с истим капитал цензусом и за покретање судског поступка искључења члана друштва с ограниченом одговорношћу, што се сходно примењује и на искључење ортака ортачког друштва (тима и командитног), што би основано могло водити закључку да је овај вид деривативне тужбе могућ и код друштава лица и у српском праву.⁵⁵

Питање тзв. *вишеструке деривације*⁵⁶ – могућност подизања ових тужби не само у друштву где се има статус члана или акционара, већ и у повезаним друштвима (групе друштава) по основу одговорности лица која

54 Немачка: GJSCA, чл. 62, 93 ст. 5, 116, 148 и 309; Шпанија: Закон о акционарским друштвима из 1995. (*Ley de Sociedades Anónimas*; даље у фуснотама: LSA), чл. 100, 133–134.

55 ЗОПД, чл. 196, 126 и 120.

56 Више вид. Phillip Blumberg, *The Law of Corporate Groups*, Boston – Toronto, 1987, 349–366. Француски Касациони суд дозвољава да акционари холдинга подижу деривативне тужбе по основу повреде дужности према друштву извршених у зависним друштвима. P. L. Cannu, B. Dondero, 613–614; B. Савковић, 85–88.

имају дужности у матичном (контролном) друштву, већ и по том основу и у зависном (контролисаном) друштву (друштвима), такође је једно од спорних питања компанијског права. У америчком корпорацијском праву, судови у принципу дозвољавају вишестепену деривативну тужбу (групе друштва: матична и зависна друштва) с позивом на следеће теорије: економског јединства, пробијања правне личности, заједничке контроле, заступања, фидуцијарних дужности.⁵⁷ Српско компанијско право у погледу вишеструке деривације није сасвим конкретно и јасно. Наиме, из чињенице што утврђује могућност (тима и одговорност) директора контролног друштва (не и других лица која имају дужности према друштву) да дају „обавезујућа упутства“ контролисаном друштву „о начину вођења послова, руководећи се интересима групе“, и то пажњом доброг привредника, могао би се извести закључак о могућности деривативне тужбе мањинских чланова зависног друштва против директора матичног друштва (повреда прописаних дужности директора матичног друштва и према зависном друштву по овом основу), с обзиром на прописану сходну примену норми које се односе на ове дужности у сопственом друштву (конкретно – матичном). Различито гледање на ово решење у правној теорији произлази делом и из појмовног одређења вишеструке деривације, што је у сваком случају препорука законодавцу да ово питање уреди неспорније.⁵⁸

5. Претходни захтев друштву и одобрење друштва и/или суда

*Секундарна раван тужилаца чланова и акционара друштва са прописаним процентом капитал учешћа у подизању тужбе за друштво и обавезност обраћања друштву (неопходна процесна претпоставка – тзв. *претходни захтев* – једно од најконтроверзнијих питања поступка по деривативној акционарској тужби),⁵⁹ последица је бојазни да ће*

57 William H. Painter, „Double Derivative Suits and Other Remedies with Regard to Damaged Subsidiaries“, *Indiana Law Journal*, Vol. 36, Nr. 2/1961, 146–155.

58 ЗОПД, чл. 558 у вези са чл. 557 и 61–80. Тако и Јелена Лепетић, *Компанијској равни режим сукоба интереса – Дужности појалности*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2015, 300. Супротно: „Вишеструка деривативна тужба би постојала само у околностима када би члан контролисаног друштва могао да поднесе тужбу за рачун контролног друштва или евентуално обрнуто, што Закон о привредним друштвима не дозвољава.“ Ј. Величковић, 290.

59 Немачко право разликује случај кад је одобрење скупштине друштва неопходна претходна процесна претпоставка за ову тужбу и када је за то потребно одобрење суда: кад компанија по претходном захтеву акционара није поднела тужбу; кад је вероватно да је компанија претрпела штету и кад не постоји интерес компаније због ког би се ускратило подизање ове тужбе и кад је реч о акционарима који су имали то својство у време повреде фидуцијарне дужности која је основ тужбе (суд балансира интересе компаније и мањинских акционара који желе да подигну ову тужбу – као и у праву САД-а – на претходном рочишту). D. Latella, 12; GJSCA, чл. 147–148.

постојати велики број ових спорова (што је у континенталном праву, укључујући и британско, изостало), а такође и потребе да тужиоци

У праву и пракси САД-а суд цени дозвољеност тужбе полазећи од интереса компаније, а не акционара; претходни захтев друштву за подизање тужбе је неопходна процесна претпоставка. R. Hamilton, 413–420; James D. Cox, „The Social Meaning of Shareholder Suits“, *Brooklyn Law Review*, Nr. 3/1999, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=203373>, 28. 3. 2020; RMBCA, sec. 3.04, 7.40–7.41. У праву САД-а, ово обраћање друштву се ипак као процесна претпоставка може избећи ако би тужилац доказао да је то без сврхе (нпр. одбор директора је под потпуном контролом лица које треба да буде тужено и јасно је да се не може донети одлука о подизању тужбе од стране друштва, или кад постоји лични интерес чланова управе у спорној ситуацији, или кад се управа отворено противи подношењу тужбе, или кад се правило пословне процене не може применити због недовољне информисаности чланова управе и слично). Ова процесна претпоставка је, међутим, остала кад је реч о *обавези постојања у корпорацији независној комисији за спорове* који јој даје мишљење о основаности тужбе имајући у виду њен интерес, а правило је да, ако суд процени да је састав тог комитета такав да може дати о томе квалификовано мишљење, а дао је негативно мишљење, да суд одбаца такву тужбу, иако негативна одлука о претходном захтеву за ову тужбу у принципу није обавезна за суд. Вид. Jessica Erickson, „The Gatekeepers of Shareholder Litigation“, *Oklahoma Law Review*, Vol. 70, Nr. 1/2017, 267–269. Коначно, амерички Модел корпорацијски закон не дозвољава да се поступак по поднетој деривативној тужби прекине или оконча поравнањем без одобрења суда (сврха је онемогућавање потенцијалних злоупотреба у покретању и вођењу ових поступака на штету корпорације и њених акционара). RMBCA, sec. 7.42, 7.45; исти је став и Пројекта корпорацијског управљања америчког правног института. Вид. R. Hamilton, 414–416; L. C. B. Gower, P. L. Davies, 605–621; R. Pennington, 805–811.

У британском праву постоји могућност компаније (скупштина без учешћа лица која имају интереса за одлуку – сукоб интереса) да одобри (ратификује) повреду дужности према компанији од стране лица са таквом дужношћу, посебно ако сматра да је интерес компаније (примена правила пословне одлуке – *Business Judgment Rule – BJR*) да се не води судски поступак (било по директној тужби, било по деривативној) и ако се ради о повреди која представља обичну непажњу. Ова одлука компаније има значајан (ипак не и коначан) утицај на овлашћење суда, који поступа у две фазе: прво, претходно рочиште на ком се утврђује *prima facie* о повреди дужности према компанији на основу поднетих доказа, при чему суд води рачуна о свим околностима: постојање правно ваљане одлуке скупштине компаније о ратификацији повреде дужности лица са дужностима према друштву (посебно се утврђује да ли су у њеном доношењу учествовала лица која имају интерес за одлуку – у принципу ова одлука води и одлуци суда о неоснованости деривативне тужбе већ у овој фази и ускраћивању тужиоцу вођења спора у меритуму); поступање потенцијалних тужилаца у доброј вери при подношењу ове тужбе; постојање штете и узрочне везе са повредом дужности према компанији; процена интереса компаније и утицаја спора на репутацију компаније пре евентуалног спора о меритуму – утицај на цену акција подстакнут писањем медија о потенцијалном спору; степен повреде дужне пажње или непостојање такве повреде (поступање у складу с прописаним дужностима); могућност алтернативних правних лекова (индивидуална тужба уместо деривативне, на пример) и слично. Суд може већ на овом рочишту одбити захтев за деривативну тужбу: ако на први поглед није поткрепљен потребним доказима (ако се одлука са налогом за допуну доказа не одложи); ако су директори (најчешће су тужени по овој тужби) поступали

ефекат ове тужбе остваре одлуком органа друштва и без подизања тужбе или да подстакне само друштво на подизање директне тужбе.

Секундарни (деривативни) тужиоци који имају активну легитимацију, у српском компанијском праву могу поднети деривативну тужбу (у своје име а за рачун друштва) тек по претходном захтеву поднетом у писаној форми (*обавезности претходног захтева чије бићине елементе закон не ушврћује – бићина је процесна претпоставка о којој суд води рачуна по службеној дужности, без изузетка*) друштву (скупштини, одбору директора или надзорном одбору, зависно од решења статута).⁶⁰

у интересу компаније („*имовисање усреха компаније*“ – посебно поклањање вере у овом погледу одлучи скупштине компаније – *судска примена правила њословне одлуке – BJR*); ако је основ за подношење тужбе ратификован (одобрен са искључењем одговорности) од стране скупштине компаније, чиме се не може водити даљи поступак. Захтев који не испуњава неопходне процесне претпоставке се одбацује. Ако се захтев за деривативну тужбу одобри, наставља се поступак за одлучивање о меритуму захтева. GBCA 2006, чл. 172, 260, 261 и 263 ст. 2–4; Правила о измени парничног поступка из 2007. (*Civil Procedure Amendment Rules*; даље у фуснотама: CPR), чл. 19.9. Правна теорија и Комисија за реформу компанијског закона (*Company Law Review Steering Group*) не очекују повећање броја спорова по овим тужбама након законског регулисања, највише због тога што је законодавац занемарио полазну претпоставку за регулисање – минимизирање сложености и максимизирање доступности. Додаје се да је за то гаранција и традиционална сумњичавост енглеских судова у погледу ових тужби, као и достигнута култура вођења спорова. Вид. А. Reisberg, *Derivative Claims Under the Companies Act 2006: Much Ado About Nothing?*, интернет извор без броја стране.

У француском праву и пракси, иако „претходни захтев друштву“ није прописан, по ставу судова се практикује. Вид. Maurice Cozian, Alain Viandier, Florence Deboissy, *Droit des sociétés*, Paris, 2006, 126–128; P. L. Cannu, B. Dondero, 305; Dominique Schmidt, *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, Paris, 1970, 195 и даље.

60 Изузетно, српски ЗОПД (чл. 196 ст. 6) изричито одређује да се у сегменту деривативне тужбе за искључење члана друштва с ограниченом одговорношћу захтев подноси скупштини друштва. Такође, скупштина друштва се може $\frac{3}{4}$ већином гласова одрећи (директна тужба, ефекат немогућности подизања деривативне тужбе због недостајуће процесне претпоставке) имовинскоправног захтева за накнаду штете од „директора друштва“ (и „чланова надзорног одбора“) ако се томе не супротставе мањински чланови друштва са $\frac{1}{10}$ основног капитала друштва (ЗОПД, чл. 415 ст. 7, 235 и 447). Ово овлашћење скупштине на одрицање од имовинскоправног захтева важно је код утврђивања статутом друштва (пошто то није учинио закон – случај искључења члана друштва с ограниченом одговорношћу и изричитог овлашћења скупштине да донесе одлуку о захтеву за деривативну тужбу мањинских чланова (ЗОПД, чл. 196 ст. 6)) надлежног органа за одлучивање о претходном захтеву за покретање деривативне тужбе (заправо, говори у прилог томе да то буде одбор директора или надзорни одбор, који су такође овлашћени на доношење одлуке о покретању директне тужбе од стране друштва, а сврха овог захтева је управо да подстакне само друштво да подигне директну тужбу).

У америчком праву, захтев се подноси по правилу управи друштва (иако она потенцијално може бити тужена). RMBCA, par. 7.42; R. Hamilton, 545. У шпанском праву (LSA, чл. 100, 133 и 134) акционари с најмање 5% капитала су овлашћени да

Друштво у року од 30 дана од пријема захтева може да „не поступи по захтеву“ („ћутање друштва по захтеву“): не донесе одлуку да само покрене директну тужбу, не донесе никакву одлуку о основаности захтева за деривативну тужбу или неоснованости; или да „поступи по захтеву“: донесе одлуку о покретању директне тужбе и у овом року је поднесе (позитивна одлука), одбије захтев за покретање деривативне тужбе (негативна одлука о захтеву) или донесе одлуку о основаности покретања деривативне тужбе (позитивна одлука). У сваком случају („ћутање друштва“, негативна одлука о захтеву), осим ако друштво „поступи по захтеву“ покретањем директне тужбе у овом року, подносиоци „претходног захтева“ могу поднети деривативну тужбу у прописаном субјективном или објективном року, што режим претходног захтева чини несврсисходним и обесмишљеним.⁶¹

Правни режим српског компанијског закона за секундарне тужиоце на подизање деривативне тужбе формалноправно искључује било какву материјалноправну улогу суда око дозвољености вођења судског поступка по деривативној тужби (процена постојања интереса друштва, процена постојања интереса акционара), осим утврђивања формалних претпоставки (постојање капитал цензуса код тужиоца); постојање својства члана у време подизања тужбе (постојање правног интереса), независно од тога да ли је то својство стечено пре или након настанка основа за ову тужбу; у случају располагања капитал учешћем, могућност новог стицаоца да уз сагласност преносиоца ступи на место тужиоца (непостојање правног интереса бившег члана); постојање наведеног претходног захтева друштву, који је у режиму српског права потпуно обесмишљен, а имао би једино смисао ако би суд имао овлашћење да врши процену интереса привредног друштва за деривативну тужбу, па би одбијање таквог захтева од стране надлежног органа друштва могло да има значајан (не и коначан) утицај на одлуку суда.

6. Трошкови поступка по деривативној тужби

Чињеница да по деривативној тужби у спору за накнаду штете друштву по основу повреде дужности према друштву лица са таквим ду-

траже сазив скупштине ради доношења одлуке о подизању деривативне тужбе, а ову тужбу могу подићи: ако директори одбију сазивање скупштине ради одлуке, ако компанија не подигне директну тужбу у прописаном року након позитивног одговора о сазиву скупштине и ако скупштина одбије захтев за подизање деривативне тужбе. Вид. D. Latella, 10–11.

61 ЗОПД, чл. 79 и 196 ст. 6 (сегмент деривативне тужбе за искључење члана друштва с ограниченом одговорношћу – раздвајање момента доношења одлуке, и то од стране скупштине о таквом захтеву мањинских чланова, и евентуалног подношења директне тужбе и момента подношења деривативне тужбе).

жностима накнада припада друштву, као и чињеница да су тужиоци у овом спору у обавези да снесу трошкове спора (*својеврсна асиметрија њихових трошкова*), најмање у сваком случају код неуспеха у спору (како сопствене, тако и трошкове друге стране и друге трошкове поступка),⁶² представља један од кључних проблема евидентног недостатка активизма акционара за подизање ове тужбе (изузев у пракси САД-а, у доброј мери из спекулативних разлога у условима развијеног тржишта капитала).

Српска процесна регулатива не садржи посебна решења овог проблема, тако да остају општа правила⁶³ да тужилац у принципу има право на накнаду својих трошкова (трошкови заступања, судски или арбитражни трошкови и слично) само у случају успеха у спору, али у случају губитка спора и по овој тужби био би, по правилу, дужан да сноси сопствене трошкове, али и да накнади трошкове туженика. Такође, остаје питање накнаде евентуалних других трошкова (вештаци, консултанци и слично). Отуда, специјализована процесна регулатива код ове тужбе треба да реши, између осталог, и ово питање на правичнији начин. Неспорно је да ће и решење овог питања зависити од става законодавца према овом институту корпоративног управљања – да ли је потребан његов подстицај и на овом плану како би се надзорна и репресивна функција овог института појачала, па и одвраћајућа од чињења повреда дужности према друштву, или се, пак, на овај институт може гледати као на својеврсни окидач за проблеме корпоративног управљања, типа ограничења слободе доношења пословних одлука и уласка у пословне ризике. Осим регулативе, која је у свом изразу у домену законодавне политике, у овом погледу велика је и улога суда, посебно у земљама у којима он има својеврсна дискрециона овлашћења да и у припремној фази (рочиште о претпоставкама за деривативну тужбу) и у фази одлучивања о меритуму врши својеврсну процену од утицаја и на питање трошкова, савесности тужиоца у покретању и вођењу овог спора, као и процену степена повреде дужне пажње („пажња доброг привредника као правило“) и тиме узроковане штете компанији, од чега зависи и исход покренутог спора по овој тужби, а тиме и последична одлука о трошковима. Оно што би у сваком случају требало очекивати у овом погледу, као извесно правично решење, требало би да буде правило да компанија обавезно сноси трошкове поступка ако суд, на основу претходне одлуке надлежног органа о прихвату захтева за деривативну тужбу на предлог,

62 За разлику од ђутања српског компанијскоправног законодавца око накнаде трошкова код деривативне тужбе, изричито решење прописано је за трошкове ванредне или посебне ревизије („трошкове спровођења ванредне или посебне ревизије сноси друштво“ (ЗОПД, чл. 459)).

63 Закон о парничном поступку – ЗПП, *Службени гласник РС*, бр. 72/11, 49/13 – одлука УС, 74/13 – одлука УС, 55/14 и 87/18, чл. 151 и 153.

по правилу, свог независног тела за спорове или без њега, такође одобри вођење поступка по овој тужби, независно од исхода спора. Решења у овом погледу у упоредном праву и пракси нису униформна.⁶⁴

64 У праву САД-а (RMBCA, sec. 7.46; R. Hamilton, 417–420, 425–426), као и у аустралијском компанијском праву (R. P. Austin, I. M. Ramsay, 682–683) тражи се полагање корпорацији „обезбеђења за трошкове“, а у случају успеха у спору – тужилац има право на накнаду разумних трошкова, укључујући и адвокатске трошкове (по правилу из *фонда заједничке имовине* – по правилу да тужилац који у поступку оствари корист за све чланове те заједнице има то право). Значајно правило америчког права је и право на уговарање награде заступницима у зависности од успеха у спору (*contingent fee*). Постоји залагање за пребацивање ризика спора на адвокату тужиоца уговарањем *contingency fee* споразума (накнада и награда за успех у спору), што је америчка пракса, како би се отклонио или ублажио свакако кључни проблем института деривативних тужби везан за трошкове поступка. Arad Reisberg, „Derivative Actions and the Funding Problem: The Way Forward“, *Journal of Business Law*, Nr. 5/2006, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=632181>, 28. 3. 2020, 445. Исти аутор такође има став да није потребно давати никакве економске подстицаје за ове тужбе, јер и није пожељно (није интерес компаније) водити грађанске парнице по тужбама мањинских акционара. Arad Reisberg, „Theoretical Reflections on Derivative Actions: The Representative Problem“, *European Company and Financial Law Review*, Vol. 3, Nr. 1/2006, 69–108.

У швајцарском праву (ШЗО, чл. 756), ако према фактима и праву акционар има разлога за деривативну тужбу, судија распоређује трошкове према слободној процени између тужиоца и друштва, у мери у којој их не ставља на терет туженог.

У италијанском праву (Codice civile, чл. 2393 – *bis*) за деривативну тужбу у погледу трошкова поступка од недавно је дозвољено, као и у америчком праву, уговарање *contingent fee*. D. Latella, 13.

У британском праву (CPR, чл. 19.9E) сматра се да регулисање деривативне тужбе у Компанијском закону у погледу трошкова ове тужбе не ставља акционаре у бољу позицију ако воде спор за рачун компаније него ако би продали акције, те у суштини остаје позиција из *common law*-а. Практично, ако суд одобри поступак по деривативној тужби, компанија „може“ да надокнади трошкове тужиоцу, али је процена у теорији да ће то бити тешко, јер је процесни закон пропустио прилику да подстакне судове да преиспитају своју позицију у овом погледу. С друге стране, сматра се да је јасно да ако компанија не одобри деривативну тужбу, сматра се да до тада настали трошкови остају на подносиоцу захтева за тужбу. Вид. A. Reisberg, *Derivative Claims Under the Companies Act 2006: Much Ado About Nothing?*, интернет извор без броја стране.

У немачком праву (GJSCA, чл. 147–148), ако суд одобри вођење поступка по деривативној тужби, трошкове овог поступка сноси компанија, а у случају одбијања (негативан исход) трошкове носе акционари тужиоци, осим ако компанија има интерес (непознат акционарима) да се одбије захтев, док у случају поступка за одлучивање о меритуму спора трошкове поступка сноси увек компанија, без обзира на исход спора, осим ако је тужбени захтев прихваћен на основу лажних доказа поднетих суду. Вид. D. Latella, 12.

7. Ћутање српског процесног законодавца

Српско процесно право није реаговало на увођење института деривативне тужбе, као материјалноправног института, у компанијско право, те су бројна процесноправна питања у вези са овим институтом остала нерешена (иако је компанијски закон неовлашћено, јер није реч о његовој вокацији, уредио) и отворена. На првом месту, ту је већ истакнуто питање сношења трошкова, што је свакако питање процесне регулативе (ипак, у овом погледу се примећује недостатак српског компанијског законодавца, који исто питање не оставља отвореним код сношења трошкова посебне и ванредне ревизије). За разлику од овакве праксе српског законодавца, промене компанијскоправне регулативе британског права праћене су истовременим променама процесне регулативе.⁶⁵

Бројна процесна питања која произлазе из института деривативне тужбе заслужују пажњу процесног законодавца како би овај материјалноправни институт компанијског права био уведен без отворених питања у правни живот: сношење трошкова деривативне тужбе (посебно с обзиром на то да је подижу законом овлашћени чланови друштва у своје име а за рачун друштва, те примена општих правила о трошковима поступка не одговара њеној природи); утврђивање постојања процесних претпоставки за тужбу; претходни захтев друштву и изузеци; мериторност одлуке надлежног органа друштва о основаности тужбе; овлашћења суда у односу на одлуку органа друштва и овлашћења суда о основаности тужбе у претходном поступку, без поступка одлучивања о меритуму; правила могућности учешћа умешача (посебно, с обзиром на природу тужбе, незахтевање сагласности и туженог);⁶⁶ приговор литиспенденције (природи ове тужбе одговара захтевање само објективног идентитета – истоветност предмета спора, а не и субјективног идентитета – идентичност странака); приговор *res iudicata* – дејство на све странке у поступку (тужиоце и тужене – *inter partes*), као и умешаче који имају статус јединственог супарничара (*ultra partes*) и њихове сукцесоре, као и на само друштво и чланове друштва неучеснике поступка (потреба да се за ово дејство тражи *само њосћојање објективног иден-*

65 GBCA 2006 и CPR, чл. 19.9 A–F, 19 C. И у праву САД-а посебан процесни закон уређује бројна процесна питања и ове тужбе – Федерални закон о парничном поступку из 2018. (*Federal Rules of Civil Procedure 2018*; даље у фуснотама: FRCP), чл. 23.1.

66 Питање примерености у овом погледу решења српског компанијског закона о умешачима – ако директну тужбу подиже друштво, члан друштва који је захтевао подизање ове тужбе од друштва може се укључити у поступак као *умешач*, а такође ако је члан друштва поднео деривативну тужбу – други члан(ови) друштва могу се укључити у поступак као умешачи ако испуњавају прописане услове. ЗОПД, чл. 80.

титула – истоветност предмета спора, али не и субјективног идентитета – истоветност странака);⁶⁷ дејство одбацивања (неиспуњавање законских претпоставки за активну легитимацију – примена општих процесних правила – одлука нема дејство пресуђене ствари на остале чланове); дејство одбијања тужбеног захтева у меритуму (примена општих процесних правила – дејство пресуђене ствари) и слично.

8. Значај деривативне тужбе

Значај деривативних тужби, као права мањинских акционара и чланова (и поред начела супсидијарности, које у извесној мери ограничава остварење и примену, чиме се у основи подвргава примарном интересу – интерес компаније као правног субјекта) у упоредном праву веома је различит.⁶⁸ Чињеница да у спору за накнаду штете друштву против штетних одлука или радњи лица која према закону имају дуж-

67 Извесне недоумице изазива питање дејства одлуке по деривативној тужби у односу на друштво (није учесник у парничном поступку по деривативној тужби) и на чланове неучеснике. Немачки Закон о акционарским друштвима у том погледу отклања све дилеме прописујући да таква одлука има дејство на друштво и све његове чланове (без обзира на то да ли су учествовали у поступку или не). GJSCA, чл. 148 ст. 5.

68 У енглеском праву, у пракси и теорији, не придаје се велики значај овим тужбама, јер се сматра да је згодније да исте тужбе подиже само друштво, чиме се избегавају вексаторне парнице мањинских акционара, чланова или командитора. Вид. L. C. B. Gower, 643–672; R. Pennington, 863–920; J. Charlesworth, 396–444; P. Loose, J. Yelland, D. Impey, 306–315; R. P. Austin, I. M. Ramsay, 687–689.

У Аустралији и Новом Зеланду деривативна тужба се релативно ретко користи, а разлози се налазе у критеријумима за одобрење ове тужбе од стране суда, као и у овлашћењу суда да одлучи о трошковима овог поступка, те се сматра да ће до отклањања ових разлога акционари чешће користити тужбу класе акција или друге тужбе (*oppression action*). Lang Thai, Matt Berkahn, „Statutory Derivative Actions in Australia and New Zealand: What Can We Learn from Each Other?“, *New Zealand Universities Law Review*, Nr. 25/2012, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=2982928>, 28. 3. 2020, 370–401.

У праву и пракси САД-а, деривативна тужба се сматра једним од најзначајнијих инструмената заштите мањинских права акционара или чланова друштва (и поред могућих мера одбране у овом поступку, као и бројних процедуралних проблема). FRCP, чл. 23.1; RMBCA, сек. 3.04, 7.40; R. Hamilton, 413–420. У француском праву и пракси, према ставу правне теорије, деривативна тужба се ретко користи првенствено због обавезе сношења трошкова од тужиоца и евентуалне користи за друштво, а не тужиоца. P. L. Cannu, B. Dondero, 305; F. Peltier, 122–124.

О узроцима знатног повећања броја деривативних тужби у Јапану (неекономски мотиви и ирационално понашање акционара) вид. Dan W. Puchniak, Masafumi Nakahigashi, „Japan’s Love for Derivative Actions: Irrational Behavior and Non-Economic Motives for Shareholders Litigation“, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 45, Nr. 1/2012, доступно на адреси: <https://ssrn/abstract=2256442>, 28. 3. 2020, 1–82. У немачком праву и пракси, у периоду од десет година, и поред добрих решења овог института, посебно на плану трошкова поступка, забележена су само три случаја

ности према друштву (по овој тужби, та накнада припада друштву), као и чињеница да су тужиоци у овом спору у обавези да снесу свакако иницијалне трошкове спора (*својеврсна асиметрија припадности прихода по тужби и сносиња трошкова*) и остале најмање у сваком случају код неуспеха у спору (како сопствене, тако и трошкове друге стране, судске трошкове, трошкове вештачења и слично), као и прописани цензус, те и психолошки феномен тзв. слободних јахача (*free riders*) (код дисперзованих акционара ишчекивање акционара да то уради неки други акционар, и на крају нико не подигне ову тужбу) велики су ограничавајући фактори за ову тужбу.

Конечно, и поред свих правних контроверзи (посебно је питање економске оправданости – превага интереса компаније над интересом покретача поступка)⁶⁹ овог института (проблем корпоративног управљања – спорови по овим тужбама по правилу воде паду вредности акција датог друштва или решење тог проблема – одговорност друштву лица са дужностима према друштву као интерес друштва), чини се да је он ипак важан институт корпоративног управљања и компанијског права у целини,⁷⁰ те као такав мора опстати и унапређивати свој правни режим. Пре свега,

ове тужбе. Gerhard Wagner, „Officers’ and Directors’ Liability under German Law – A Potemkin Village“, *Theoretical Inquiries in Law*, Vol. 16, Nr. 1/2015, 87.

У пракси српских судова, деривативна тужба такође је, због ограничавајућих фактора, релативно ретко заступљена, иако има одређених појединачних случајева (пресуда Привредног апелационог суда, Пж-5708/14 од 18. 3. 2015. године; пресуда Врховног касационог суда, Прев. 218/15 од 15. 5. 2016. године). Управо узимајући у обзир степен примене, основано се закључује у српској теорији „да се чини на први поглед да је деривативна тужба у српском праву неуспешан правни трансплант, јер се примењује толико ретко да можда чак и представља један од доказа идеје о немогућности примене правних трансплантата.“ Вид. Ј. Величковић, 40.

69 Diego G. Pardow, „The Economic Theory of Derivative Actions“, доступно на адреси: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1941209, 28. 3. 2020, 1–28. Према овом аутору, три фундаментална питања у економском смислу код ове тужбе су: прво, одређење услова под којима је у најбољем интересу компаније; друго, способност да одврати директоре од повреде фидуцијарних дужности према компанији и, треће, да ли ће је акционари ефективно подићи. Емпиријско истраживање и компарирање ових момената даје процену економских ефеката ове тужбе. Аутор закључује да у процесном смислу треба отклонити препреке за ефективност ове тужбе, имајући у виду пасивност акционара, али само ако је то у интересу компаније (и акционара). У противном, потребна су процедурална ограничења за ову тужбу како би се отклонили њени негативни економски ефекти (пад вредности акција, економски немотивисана поравнања с покретачима поступка). D. G. Pardow, 1–23.

70 Вид. Mathias Siems, „Private Enforcement of Director’s Duties: Derivative Actions as a Global Phenomenon“, *Collective Actions: Enhancing Access to Justice and Reconciling Multilayer Interest?* (eds. Stefan Wrba, Steven Uytel, Mathias Siems), Cambridge University Press, Cambridge, 2012, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=1699359>, 28. 3. 2020, 93–116.

отклањајући правне празнине његове регулативе, материјалноправне (Закон о привредним друштвима) и процесноправне (Закон о парничном поступку): увођење изузетака од обавезе подношења претходног захтева друштву за одобрење ове тужбе; дозвољеност или не код друштва лица, пре свега због *intuitu personae* природе; отклањање дилеме око дозвољености код групе друштва у смислу изричитог прихватања тзв. вишеструке деривације; смањење или отклањање капитал цензуса као процесне претпоставке за подношење тужбе; обавезност постојања комитета за спорове у отвореним друштвима и могућност постојања у затвореним друштвима; релевантност за одлуку суда о дозвољености тужбе, имајући у виду интерес друштва, претходне одлуке надлежног органа друштва о том (донете на предлог специјализованог независног комитета за спорове),⁷¹ с обзиром на то да се ова тужба и подноси за рачун друштва (спорна квалификованост суда да се меша у пословне одлуке друштва и систем корпоративног управљања и правило пословне процене настало на тој основи – *Business Judgment Rule*);⁷² проширење круга активно легитимисаних лица и на повериоце; јачање инструмената информисања и

71 О процени компетенције различитих тела и лица (акционар тужилац, други акционари компаније, независни директори, комитети за спорове, судови) за просуђивање да ли је деривативна тужба од интереса за саму компанију вид. Ian Ramsay, „Corporate Governance, Shareholders Litigation and the Prospects for a Statutory Derivative Action“, *University of New Wales Law Journal*, Vol. 15, Nr. 1/1992, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=922241>, 28. 3. 2020, 149–176. О посебно значајној улози суда у овом смислу вид. Arad Reisberg, „Judicial Control of Derivative actions“, *International Company and Commercial Law Review*, Vol. 8, 2005, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=706526>, 28. 3. 2020, 335.

72 О специфичности примене *Business Judgment Rule* (донекле *модификовано* – терет доказивања да није у интересу компаније вођење поступка по деривативној тужби није као код општег правила на тужиоцу, већ на туженом – члановима органа компаније против којих се води поступак; такође, и суд је овлашћен да, упркос негативном мишљењу комитета за спорове о деривативној тужби, изузетно и настави поступак, а не одбаци тужбу, и да можда одступи од правила пословне процене по ком је поступила управа поводом конкретне пословне одлуке – предлог комитета за спорове, који је прихватила управа као своју пословну одлуку, да се не настави поступак по деривативној тужби, јер није од интереса за компанију) за деривативне акционарске тужбе вид.: Dennis Block, Nancy Barton, Stephan Radin, *The Business Judgment Rule*, 5th edition, Vol. I & II, New York, 1998, 1379–1849; Carol Hansell, *Corporate Governance*, Toronto, 2003, 105–132; Branson Douglas, *Corporate Governance*, Washington, 1993, 589–734; Roberta Romano, „The Shareholder Suit: Litigation Without Foundation?“, *Foundations of Corporate Law* (ed. Roberta Romano), 2nd edition, New York, 2010, 246–256; Robert Thompson, Randall Thomas, „The Public and Private Faces of Derivative Lawsuits“, *Foundations of Corporate Law* (ed. Roberta Romano), 2nd edition, New York, 2010, 277–280; Say H. Goo, *Minority Shareholders' Protection*, London, 1994; C. Wild, S. Weinstein, 285–286; Julian Velasco, „Empowering Courts in Corporate Law“, *Journal of Corporation Law*, Vol. 42, Nr. 3/2017, 772; Mirko Vasiljević, „Civil Law and Business Judgment Rule“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 3/2012, 7–38.

увида у документа друштва (ради отклањања информационе асиметрије и јачања позиције тужиоца за доказ повреде дужности према друштву *prima facie* у претходној фази поступка)⁷³ од стране чланова друштва, како би се стварале реалне претпоставке за активизам малих акционара на плану ове тужбе и слично.

V Привредна друштва и истовремена индивидуална и деривативна тужба

Питање постојања директне тужбе друштва за накнаду штете друштву (у своје име и за свој рачун) и деривативне тужбе (у своје име а за рачун друштва) по истом основу је искључено. С друге стране, може бити интересантно питање односа индивидуалне тужбе за накнаду штете члановима друштва и деривативне тужбе за накнаду штете друштву, по истом основу, у ситуацији кад је реч о посредној штети члановима друштва, с обзиром на то да српски компанијски закон изгледа такву штету, поред непосредне штете друштву, не искључује. Овај проблем може бити интересантан и процесноправно, имајући у виду релативно кратке рокове за подизање ових тужби. Реч је о субјективном року – шест месеци од сазнања за учињену повреду и објективном року – *йеић йодина* од дана учињене повреде.⁷⁴ Истина, ови рокови важе за деривативне тужбе, али с обзиром на то да се у српском праву и индивидуална тужба односи на повреду дужности према друштву лица с таквим дужностима, онда би се они односили и на ову тужбу. Најбоља солуција је ако поступци по тужби за накнаду штете друштву (директна тужба друштва или деривативна тужба чланова друштва) или по индивидуалној тужби теку паралелно, али с обзиром на то да подизање

73 Има, чини се, оправданих схватања да је управо недостатак адекватног и право-временог информисања чланова друштва основни узрок својеврсног „психолошког парадокса“ слабе заступљености деривативних тужби у котиралим акционарским друштвима. На овој основи изражава се и очекивање да ће и Директива ЕУ о вршењу појединих права акционара у котиралим друштвима (*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, 14. 7. 2007), посебно: право гласа савременим средствима електронске и видео комуникације, право на сазивање скупштине, право на допуне тачака дневног реда са предлозима одлука, рокови сазива скупштине, доступност материјала за скупштину и електронским путем, обавезност поседовања интернет странице компаније и др., елиминисати евидентни вакуум недостатка потребног активизма акционара и на плану подизања деривативне тужбе. D. Latella, 4–5, 14–17.

74 ЗОПД, чл. 77, 196, 275 и 184. У француском праву, објективни рок је три године од дана проузроковања штете, а ако то има обележје кривичног дела, онда десет година. P. L. Cannu, B. Dondero, 309.

деривативне тужбе или и директне може изостати у време кад се води поступак по индивидуалној тужби (због могућности накнаде рефлексне – посредне штете члановима друштва), не само због тешкоћа процене евентуалне индивидуалне штете члановима друштва (поред штете нанете друштву, где у том моменту нема тужбених захтева), већ и због могућих процесних злоупотреба, било би јако добро кад би процесно право ово додатно уредило и отклонило простор за калкулације чланова друштва (проблем не би постојао кад би се могућност накнаде посредне – рефлексне штете члановима друштва уклонила из српског материјалног компанијског права). Уклањањем института рефлексне штете остали би раздвојени основи, те не би и друштво и члан могли остварити накнаду по истом основу (индивидуална тужба по основу повреде дужности лица са посебним дужностима према друштву или и члановима друштва, чиме проузрокују непосредно штету члановима друштва, а деривативна по основу такве повреде која проузрокује штету непосредно самом друштву, а рефлексно и самим члановима, али без њиховог права на накнаду такве штете).⁷⁵

VI Привредна друштва и колективне тужбе

Колективне тужбе, творевина англосаксонске праксе, за сада ста-вљају на муке континентално право и полако улазе у све шири правни простор. Чини се да је могуће разликовање три врсте ових тужби: прво, тужбе класе акција – *class actions*; друго, тужбе законом овлашћеног заступника припадника неке групе или заједнице – *representative actions*; треће, остале колективне тужбе – *other collective actions*. За компанијско право посебан интерес имају тужбе класе акција, делом и репрезентативне тужбе,⁷⁶ а најмање друге колективне тужбе

75 У америчкој пракси, када је могућа накнада штете члановима друштва због повреде дужности према друштву (али само накнада непосредно проузроковане штете члановима), могућ је паралелно поступак по деривативној тужби (накнада припада корпорацији – уговорна природа), као правило, и по индивидуалној тужби (непосредна штета која припада *pro-rata* члановима друштва – деликтна или уговорна природа), као изузетак. R. Hamilton, 423–424. Принцип забране рефлексне – посредне штете акционарима у пракси Европског суда за људска права (Први протокол Европске конвенције о људским правима (*European Convention on Human Rights, Protocol 1*), чл. 1) допушта ипак изузетке ако су испуњени нужни услови: 1) акционари морају имати независан основ за тужбу и 2) кад је сигурно да акционари не би могли бити обештећени индиректно преко накнаде штете друштву због повреде фидуцијарне дужности лица са таквим дужностима (било путем директне тужбе друштва, било путем деривативне тужбе мањинских акционара), када би имали директно право на накнаду те штете. Вид. неке одлуке овог суда код B. J. de Jong, 102–105.

76 Могућност ове тужбе у српском праву предвиђена је давањем законског овлашћења Комисији за хартије од вредности (нема разлога да то није дато и удружењима акцио-

(заштита потрошача и слично). Практична реализација свих ових врста колективне тужбе у српском праву блокирана је изостанком одговарајуће регулативе која регулише парнични поступак. Од колективне тужбе треба разликовати удруживање акционара да би имали капитал цензус за подизање одређених деривативних тужби за рачун друштва, по правилу када изостану директне тужбе друштва за свој рачун.⁷⁷ Од колективне тужбе треба разликовати и индивидуалне тужбе које подиже више лица заједно у своје име и за свој рачун, што су, у ствари, индивидуалне тужбе (супарничарство).

Колективна тужба типа класе акција (могућа, дакле, само код акционарског друштва), као посебан интерес компанијског права, је тужба коју подиже један или више акционара против друштва или лица која у складу са компанијским законом имају дужности према привредном друштву (ово друго, чини се, за сада изостаје у српском праву), ради признавања неког права које им припада, с тим да одлука делује и према другим акционарима који се налазе у истој позицији, у смислу утврђеног права које друштво може признати свим лицима која се налазе у тој позицији (нпр. *акционари исте класе акција*).⁷⁸

Српско компанијско право, чини се, отвара простор на плану материјалног права за *неку врсту колективне тужбе у случају права*

нара) да их подиже ради заштите инвеститора (у своје име а за рачун инвеститора) у колективне серијске финансијске инструменте (аналогно таквом праву одређених организација за колективну заштиту права потрошача). Закон о тржишту капитала – ЗТК, *Службени гласник РС*, бр. 31/11, 112/15 и 108/16, чл. 262 ст. 3. Штурост законског приступа овом институту је и разлог изостанка такве праксе (осим постојања овог овлашћења, све остало је нејасно и отворено). Посебно о могућности колективних тужби на тржишту капитала вид.: Јелена Лепетић, „Механизми колективне заштите у компанијском праву и праву привредних друштава“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2016, 151–156; ЗОПД, чл. 476 ст. 4, чл. 507 ст. 4.

77 Уз ове услове, који морају бити испуњени кумулативно, теорија истиче да је потребно да се испуни и бар још један од следећих алтернативних услова (овим исказима пажње вредним додали бисмо посебно важан разлог потребе равноправног третмана чланова друштва – *примерка* М. В.): 1) да постоји опасност доношења контрадикторних пресуда; 2) да положај туженика чини пожељним доношење само једне јединствене пресуде; 3) да надлежни суд сматра да је важније расправљање заједничких чињеничних и правних питања него оних која би се тичала појединачних тужилаца, односно да је колективна тужба ефикаснија и најправичнија за решавање конкретног спора. Радоје Прица, „Судска заштита мањине у друштвима капитала“, *Правни живоић*, бр. 2/1991, 163.

78 Англосаксонско право разликује колективну деривативну тужбу за рачун компаније и колективну директну тужбу акционара за свој рачун. J. Charlesworth, 349–350; R. P. Austin, I. M. Ramsay, 684–685. Принципијелно, деривативна тужба има неку форму колективног кад је везана за капитал цензус, али се од колективне разликује по дејству: увек је за рачун друштва, а колективна за рачун акционара припадника исте групе или интереса. Такође, колективна тужба штити интерес акционара, а деривативна интерес друштва.

несагласних акционара (диспозитивно према општем правилу, ово би се могло сходно односити и на несагласне чланове друштва с ограниченом одговорношћу, али како у нашем праву нема различитих класа удела, то би по логици ствари ово било искључено код овог друштва у овом сегменту) одређењем да се одлука суда односи на све акционаре исте класе „независно од чињенице да ли су ти акционари поднели тужбе или не“ (хоризонтално дејство само на учеснике поступка),⁷⁹ као и у случају права чланова друштва преносиоца на тзв. „доилашћу“ ограниченог процентуалног износа у новцу, поред одговарајуће замене акција или удела код статусних промена, од друштва стицаоца (сходна примена тужбе класе акција и на „несагласне“ чланове друштва с ограниченом одговорношћу у овом сегменту).⁸⁰

Практична реализација института колективне тужбе типа тужбе класе акција српског компанијског права ипак је „на чекању“, с обзиром на то да је Уставни суд Србије утврдио неуставност дела процесног закона који је управо уређивао институт колективне тужбе (процесни аспект).⁸¹ То за последицу има изостанак процесне регулативе (примена правила супарничарства или не; давање овлашћења за вођење поступка неком акционару из дате класе акција или законска претпоставка постојања датог овлашћења акционара те класе, осим изричитог изласка – *opt-out*; овлашћење одређења српског материјалног права да ова тужба делује и према свим припадницима дате класе акција „независно од чињенице да ли су ти акционари поднели тужбу“; дејство литиспенденције и на неучеснике и дејство *res iudicata* – потреба захтевања само објективног идентитета предмета спора, а не и субјективног идентитета спора – постојања истих странака (због законског дејства и на неучеснике припаднике исте класе или интересне групе и слично)).⁸² Коначно, отворено је и питање

79 Ипак, чини се да закон који уређује парнични поступак у синтези са законом који уређује привредна друштва оставља простора за колективне тужбе и дејство пресуде и према трећим лицима неучесницима поступка: „Правноснажна пресуда делује и према трећим лицима због природе спорног права или правног односа, правног односа који постоји између странака и трећих лица или ако је то иројисано законом“ (курзив аутор). ЗПП, чл. 360 ст. 2. „Ако суд правоснажном пресудом донетом у поступку по тужби ... обавезе друштво да несагласном акционару исплати разлику до пуне вредности акција, друштво је у обавези да свим другим несагласним акционарима исте класе акција призна и исплати исту вредност акције, независно од чињенице да ли су ти акционари поднели тужбу...“ (курзив аутор). ЗОПД, чл. 476 ст. 4. Српско компанијско (па и процесно) право нема решење за питање дејства пресуде на трећа лица неучеснике поступка у случају одбијајуће одлуке, односно да ли се може применити аналогија и рећи да је и тада у питању *res iudicata* случај.

80 ЗОПД, чл. 476 ст. 4 и 5, 477 и 507 ст. 4 и 5.

81 Уставни суд Србије, одлука ИУз-51 од 23. 5. 2013. године (неуставност одредаба чланова 494–505 ЗПП).

82 Отклањање ових правних празнина српског процесног права потребно је не само код ове врсте колективне тужбе, већ и код деривативне тужбе, односа деривативне

трошкова поступка по овим тужбама: у америчком праву правило је да адвокати имају право на накнаду у одређеном проценту од успеха у спору (*contingency fee*), с тим што свака страна сноси своје трошкове, док у континенталном праву није уобичајено правило о награди адвоката у процентуалном износу од успеха у спору и, с друге стране, правило је да трошкове сноси страна која изгуби спор.

VII Привредна друштва и ванпарнични поступци: суд и/или јавни бележници

Закон о привредним друштвима Србије, у складу с упоредном праксом, утврђује низ случајева интервенције суда у ванпарничном поступку у правни живот привредног друштва, по правилу у прописаним кратким роковима. За привредноправну праксу и правну теорију, а самим тим последично и за законодавну праксу, остаје отворено питање, с обзиром на ванпарничну природу ових поступака и прописане кратке рокове, оправданости искључиве надлежности прописане стварне надлежности привредног суда, односно питање да ли је, полазећи од ових разлога, као и потребе растерећења судова и праксе супституције ове надлежности (искључиве) или увођења конкурентне надлежности (изворне законске, а не судски поверене) јавних бележника, потребна и оправдана, у најмању руку конкурентна, надлежност јавних бележника у свим поступцима овакве природе.

Реч је о следећим случајевима прописане ванпарничне надлежности привредних судова: право мањинских чланова друштва („са најмање 5% основног капитала друштва“) да у прописаном року захтевају нову процену неновчаног улога у друштво (или изузетно и улога у хартијама од вредности или инструментима тржишта новца“) ако су промењене околности од извршене процене до уношења улога умањиле његову вредност („или значајно умањиле“), ако то по њиховом захтеву не учини само друштво;⁸³ право повериоца (или поверилаца) да у прописаном року захтева побијање споразумно утврђене вредности неновчаног

и индивидуалне тужбе, као и код других врста колективне тужбе – репрезентативна тужба, као и осталих колективних тужби (посебно одређење да ли се код ових тужби може применити претпоставка ради прецизног одређења круга учесника и „корисника“, *opt-in* – *ошширање за улаз* – *укључујући систем* – предузимање неке радње сваког учесника ради укључења у поступак да би тужба и пресуда имали дејство према таквом учеснику – европски систем), за разлику од тужбе класе акција где би могла да се примени и друга претпоставка – *opt-out* – *ошширање за излаз* – *искључујући систем* – законска претпоставка постојања таквог овлашћења сваког имаоца такве класе акција, осим изричитог оваквог оптирања конкретног имаоца – амерички систем). О овим системима више вид. Ј. Лепетић (2016), 149–150.

83 ЗОПД, чл. 54–57.

улога од стране чланова друштва ако друштво није у могућности да измирује своје обавезе у редовном току пословања;⁸⁴ право сваког члана друштва, односно посебно утврђено право надзора командитора (индивидуално право) да захтева у прописаном року интервенцију суда у случају повреде законом утврђеног права на информисање и приступ актима и документима друштва;⁸⁵ остваривање права чланова друштва на наслеђивање удела, односно акција преминулог члана у ванпарничном оставинском поступку у складу с правилима компанијског и наследног права;⁸⁶ право сваког члана друштва с ограниченом одговорношћу или акционарског друштва („или другог заинтересованог лица“) да захтева од ванпарничног суда да постави привременог заступника друштва ако друштво нема директора (или јединог извршног директора), а нови директор се не постави у прописаном року;⁸⁷ право мањинских чланова друштва с ограниченом одговорношћу (поседовање најмање 10% гласова, ако оснивачким актом није утврђен мањи проценат) да од овлашћеног сазивача захтевају сазивање скупштине друштва, а ако он то не учини у прописаном року, да је сами сазову у даљем прописаном року, односно право стављања на дневни ред сазване скупштине нових тачака (без ограничења) у складу са законом (поседовање „најмање 5% основног капитала друштва, ако оснивачким актом није утврђен мањи проценат“);⁸⁸ право мањинског акционара (или мањинских акционара) који имају најмање 5% акција са правом гласа да захтевају допуну предложеног дневног реда од стране овлашћеног сазивача, а ако овај не прихвати такав предлог (или пропусти да одлучи) у прописаном року – да захтевају у даљем прописаном року од ванпарничног суда да то наложи друштву одлуком донетом у року од осам дана од дана пријема захтева;⁸⁹ право сваког акционара да ако се редовна седница скупштине не одржи у прописаном року да захтева од суда у даљем прописаном

84 ЗОПД, чл. 59.

85 ЗОПД, чл. 81, 108, 132, 242–244, 465–467. Упор. немачко право: Закон о друштвима са ограниченом одговорношћу из 1892. (*Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (Limited Liability Companies Act)*); даље у фуснотама: GLLCA), чл. 51b; GJSCA, чл. 132.

86 ЗОПД, чл. 119, 137, 172–174.

87 ЗОПД, чл. 221, 397, 426 ст. 5 и 6; исто и у француском праву: С-сomm, чл. 225–24, 225–78. Упор. немачко право: GJSCA, чл. 85, 104 и швајцарско право: ШЗО, чл. 731b, 819.

88 ЗОПД, чл. 202 и 205; упор. немачко право: GLLCA, чл. 50. У француском праву (С-сomm, чл. 223–17) сазивање скупштине друштва може тражити члан који поседује половину основног капитала или који заступа најмање $\frac{1}{4}$ чланова или $\frac{1}{4}$ основног капитала.

89 ЗОПД, чл. 337, 338, 372 ст. 1 и 4. Упор. француско право: С-сomm, чл. 225–105; немачко право: GJSCA, чл. 126.

року да наложи друштву (у року од осам дана од дана пријема захтева) одржавање те седнице, односно право мањинских акционара са најмање 5% основног капитала друштва (или 5% акција дате класе са правом гласа о предметном питању у оквиру исте седнице, односно акционара са 10% акција посебне класе који захтевају одржавање посебне седнице скупштине те класе) да захтевају од суда у прописаном року налагање одржавања ванредне седнице скупштине друштва (ако по њиховом захтеву у прописаном року такву одлуку не донесе овлашћени сазивач) и евентуално да именује овлашћено лице за сазивање и председавање том седницом;⁹⁰ право сваког акционара коме је на скупштини неоправдано ускраћен одговор на постављено питање да захтева у прописаном року од ванпарничног суда да наложи друштву давање таквог одговора у прописаном року;⁹¹ право акционара (индивидуално) да захтева у прописаном року од суда да наложи друштву доставу прописаних информација о резултатима гласања скупштине друштва, ако то није учињено у складу са законом;⁹² право акционара који имају најмање 10% акција са правом гласа да захтевају посебну или ванредну ревизију, те ако се о извештају (налаз и мишљење) не изјасни скупштина у прописаном року – да захтевају од ванпарничног суда да то наложи друштву;⁹³ право мањинских акционара у случају стицања законских услова за принудни откуп акција да у прописаном року траже од суда да у „ванпарничном поступку утврди вредност акција“ у складу са законом (српски компанијски закон природу таквог поступка код других основа остваривања права несагласних акционара прописаних законом не утврђује), односно такво истоветно право мањинских акционара (спољни акционари контролисаног друштва) на одређивање од стране суда примерености њихове накнаде (ако остају акционари) или примерености цене акција (код продаје акција контролном друштву код изласка из друштва по овом основу) код закључења уговора о контроли и управљању.⁹⁴

90 ЗОПД, чл. 339, 372 и 357. Упор. француско право: С-сomm, чл. 225–103; немачко право: GJSCA, чл. 122 и 138; швајцарско право: ШЗО, чл. 699 и 805; британско право: GBCA 2006, чл. 303–306.

91 ЗОПД, чл. 343.

92 ЗОПД, чл. 356.

93 ЗОПД, чл. 456–463. Исто и у француском праву: С-сomm, чл. 223–37. Упор. немачко право: GJSCA, чл. 142, 258–260 и швајцарско право: ШЗО, чл. 697а–с, 727.

94 ЗОПД, чл. 521, 563–565 (упор. чл. 474–477). Упор. немачко право: GJSCA, чл. 309–310.

Коришћена литература

- Armour John, Black Bernard, Cheffins Brian R., Nolan Richard, „Private Enforcement of Corporate Law: An Empirical Comparison of the United Kingdom and the United States“, *Journal of Empirical Legal Studies*, Vol. 6, Nr. 4/2009.
- Austin Robert P., Ramsay Ian M., Ford Harold A. J., *Ford's Principles of Corporations Law*, Chatswood, 2007.
- Berger Mark, „Arbitration and Arbitrability: Toward an Expectation Model“, *Baylor Law Review*, Vol. 56, Nr. 3/2004.
- Bernardini Piero, „National Report for Italy, Arbitration in Company Matters“, *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration* (eds. Jan Paulsson, Lise Bosman), Supplement No. 48, Kluwer Law International, 2007.
- Birds John, Ferran Eilís, Villiers Charlotte, *Boyle & Birds' Company Law*, London, 1995.
- Block Dennis, Barton Nancy, Radin Stephan, *The Business Judgment Rule*, 5th edition, Vol. I & II, New York, 1998.
- Blumberg Phillip, *The Law of Corporate Groups*, Boston – Toronto, 1987.
- Born Gary B., *International Commercial Arbitration*, Volume I, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2009.
- Brabant Alexander, Desplats Maxime, Salem Sérena, „Arbitration and Company Law in France“, *European Company Law*, Vol. 12, Nr. 3/2015.
- Brekoulakis Stavros L., „On Arbitrability: Persisting Misconceptions and New Areas of Concern“, *Arbitrability – International and Comparative Perspective* (eds. Loukas A. Mistelis, Stavros L. Brekoulakis), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2009.
- Wagner Gerhard, „Officers' and Directors' Liability under German Law – A Potemkin Village“, *Theoretical Inquiries in Law*, Vol. 16, Nr. 1/2015.
- Varady Tibor, Barceló John J., Mehren Arthur T. von, *International Commercial Arbitration – A Transnational Perspective*, St. Paul – Minn, 1999.
- Vasiljević Mirko, „Civil Law and Business Judgment Rule“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 3/2012.
- Vasiljević Mirko, „Arbitrability ratione materiae in company law“, *Правни животи*, бр. 11/2017.
- Васиљевић Мирко, „Арбитражни уговор и интеркомпанијскоправни спорови“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 2/2018.
- Васиљевић Мирко, *Компанијско њраво – њраво њривредних друштва*, Београд, 2019.

- Velasco Julian, „Empowering Courts in Corporate Law“, *Journal of Corporation Law*, Vol. 42, Nr. 3/2017.
- Величковић Јована, *Деривативна тужба: компанијско-правна и процесно-правна анализа*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2019.
- Wehland Hanno, *The Coordination of Multiple Proceeding in Investment Arbitration*, Oxford University Press, Oxford, 2013.
- Wild Charles, Weinstein Stuart, *Smith & Keenan's Company Law*, Longman, London, 2005.
- Goldštajn Aleksandar, Triva Siniša, *Međunarodna trgovačka arbitraža*, Zagreb, 1987.
- Голубовић Драган, „Деривативна тужба – инструмент заштите мањинских интереса“, *Правни животи*, бр. 11/1995.
- Gower Laurence C. B., *Principles of Modern Company Law*, London, 1992.
- Goo Say H., *Minority Shareholders' Protection*, London, 1994.
- Deskoski Toni, *International Arbitration Law*, Skopje, 2016.
- Dika Mihajlo, „Arbitrabilnost i isključiva nadležnost sudova“, *Pravo u gospodarstvu*, бр. 1/1999.
- Di Pietro Domenic, „General Remarks on Arbitrability under the New York Convention“, *Arbitrability – International and Comparative Perspective* (eds. Loukas A. Mistelis, Stavros L. Brekoulakis), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2009.
- Douglas Branson, *Corporate Governance*, Washington, 1993.
- Douglas Zachary, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.
- Erickson Jessica, „The Gatekeepers of Shareholder Litigation“, *Oklahoma Law Review*, Vol. 70, Nr. 1/2017.
- Esin Ismail, Celebi Ozgun, Erker Sevgin, Kasarcioglu Demet, „Arbitrating M&A Disputes“, *Arbitration in Turkey* (eds. Ismail Esin, Ali Yesilimark), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2015.
- Ilie Lucian, „Shareholders' Claims in Investment Treaty Arbitration: No Piece of Cake!“, *Romanian Arbitration Journal*, Nr. 3/2019.
- Jakšić Aleksandar, *Međunarodna trgovinska arbitraža*, Beograd, 2003.
- Јевремовић Петровић Татјана, „Арбитрабилност спорова у вези са побијањем одлука скупштине привредног друштва“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2018.
- Jong Jansen B. J. de, „Shareholders' Claims for Reflective Loss: A Comparative Legal Analysis“, *European Business Organization Law Review*, Vol. 14, Nr. 1/2013.

- Knežević Gašo, *Međunarodna trgovinska arbitraža*, Beograd, 1999.
- Knežević Gašo, Pavić Vladimir, *Arbitraža i ADR*, Beograd, 2009.
- Latella Dario, „Shareholder Derivative Suits: A Comparative Analysis and the Implications of the European Shareholders’ Rights Directive“, *European Company and Financial Law Review*, Nr. 2/2009.
- Lee Suet Lin Joyce, „Barring Recovery for Diminution in Value of Shares on the Reflective Loss Principle“, *Cambridge Law Journal*, Vol. 66, Nr. 3/2007.
- Le Cannu Paul, Dondero Bruno, *Droit des sociétés*, Paris, 2012.
- Loose Peter, Yelland John, Impey David, *The Company Director – Powers and Duties*, Bristol, 1993.
- Лепетић Јелена, „Право акционара на индивидуалну тужбу“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 1/2004.
- Лепетић Јелена, *Компанијској правни режим сукоба интереса – Дужности лојалности*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2015.
- Лепетић Јелена, „Механизми колективне заштите у компанијском праву и праву привредних друштава“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2016.
- Markert Lars, „Arbitrating Corporate Disputes – German Approaches and International Solutions to Reconcile Conflicting Principles“, *Contemporary Asia Arbitration Journal*, Vol. 8, Nr. 1/2015.
- McLaughlin Joseph T., „Arbitrability: Current Trends in the United States“, *Arbitration International*, Nr. 2/1996.
- Mistelis Loukas A., „Arbitrability – International and Comparative Perspective“, *Arbitrability – International and Comparative Perspective* (eds. Loukas A. Mistelis, Stavros L. Brekoulakis), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2009.
- Oberhammer Ewald, Weber Stefan, „The Arbitration Agreement and the Arbitrability – The Arbitration of Corporate Disputes in Limited Liability Companies“, *Austrian Yearbook on International Arbitration* (eds. Christian Klausegger, Peter Klein, Florian Kremslehner, Alexander Petsche, Nikolaus Pitkowitz, Irene Welser, Gerol Zeiler), Volume 2010, Manzsche Verlags – Verlag C.H. Beck – Stämpfli Verlag, Wien – München – Bern, 2010.
- Painter William H., „Double Derivative Suits and Other Remedies with Regard to Damaged Subsidiaries“, *Indiana Law Journal*, Vol. 36, Nr. 2/1961.
- Pamboukis Charalambos, „On Arbitrability: The Arbitrator as a Problem Solver“, *Arbitrability – International and Comparative Perspective* (eds. Loukas A. Mistelis, Stavros L. Brekoulakis), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2009.

- Pardow Diego G., „The Economic Theory of Derivative Actions“, доступно на адреси: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1941209, 28. 3. 2020.
- Peltier Frédéric, *La Corporate Governance*, Paris, 2004.
- Pennington Robert, *Corporate Law*, London, 1995.
- Perović Jelena, *Ugovor o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži*, Beograd, 1998.
- Pillar Perales Viscasillas Maria del, „Arbitrability of Intra-Corporate Disputes“, *Arbitrability – International and Comparative Perspective* (eds. Loukas A. Mistelis, Stavros L. Brekoulakis), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2009.
- Pitkowitz Nicolaus, „The Arbitration Agreement and Arbitrability, the Arbitrability of Corporate Disputes under Austrian Law – Still Open Questions?“, *Austrian Yearbook on International Arbitration* (eds. Christian Klausegger, Peter Klein, Florian Kremslehner, Alexander Petsche, Nikolaus Pitkowitz, Irene Welser, Gerol Zeiler), Volume 2014, Manzsche Verlags – Verlag C.H. Beck – Stämpfli Verlag, Wien – München – Bern, 2010.
- Puchniak Dan W., Nakahigashi Masafumi, „Japan’s Love for Derivative Actions: Irrational Behavior and Non-Economic Motives for Shareholders Litigation“, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 45, Nr. 1/2012, доступно на адреси: <https://ssrn/abstract=2256442>, 28. 3. 2020.
- Радовић Вук, „О оправданости прихватања института дисквалификације директора“, *Право и привреда*, бр. 1–3/2010.
- Raeschke-Kessler Hilmar, „Arbitrability of Disputes Concerning Resolutions of a Limited Liability Company (GmbH)“, *Association Suisse de l’arbitrage*, Vol. 14, Nr. 3/1996.
- Ramsay Ian, „Corporate Governance, Shareholders Litigation and the Prospects for a Statutory Derivative Action“, *University of New Wales Law Journal*, Vol. 15, Nr. 1/1992, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=922241>, 28. 3. 2020.
- Redffern Alan, Hunter Martin, *International Commercial Arbitration*, London, 1992.
- Reisberg Arad, „Judicial Control of Derivative actions“, *International Company and Commercial Law Review*, Vol. 8, 2005, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=706526>, 28. 3. 2020.
- Reisberg Arad, „Derivative Actions and the Funding Problem: The Way Forward“, *Journal of Business Law*, Nr. 5/2006, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=632181>, 28. 3. 2020.

- Reisberg Arad, „Theoretical Reflections on Derivative Actions: The Representative Problem“, *European Company and Financial Law Review*, Vol. 3, Nr. 1/2006.
- Reisberg Arad, Derivative Claims Under the Companies Act 2006: Much Ado About Nothing?, 2008, доступно на адреси: <http://ssrn.com/abstract=1092629>, 28. 3. 2020.
- Romano Roberta, „The Shareholder Suit: Litigation Without Foundation?“, *Foundations of Corporate Law* (ed. Roberta Romano), 2nd edition, New York, 2010.
- Савковић Владимир, *Деривативне акционарске пужбе*, Подгорица, 2004.
- Sanborn Jeffrey A., „The Rise of Shareholder Derivative Arbitration in Public Corporations: In Re Salomon Inc. Shareholders’ Derivative Litigation“, *Wake Forest Law Review*, Vol. 31, Nr. 1/1996.
- Siems Mathias, „Private Enforcement of Director’s Duties: Derivative Actions as a Global Phenomenon“, *Collective Actions: Enhancing Access to Justice and Reconciling Multilayer Interest?* (eds. Stefan Wrba, Steven Uytel, Mathias Siems), Cambridge University Press, Cambridge, 2012, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=1699359>, 28. 3. 2020.
- Stanivuković Maja, *Međunarodna arbitraža*, Beograd, 2013.
- Schmidt Dominique, *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, Paris, 1970.
- Trajković Miodrag, *Međunarodno arbitražno pravo*, Beograd, 2000.
- Thai Lang, Berkahn Matt, „Statutory Derivative Actions in Australia and New Zealand: What Can We Learn from Each Other?“, *New Zealand Universities Law Review*, Nr. 25/2012, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=2982928>, 28. 3. 2020.
- Thompson Robert, Thomas Randall, „The New Look of Shareholder Litigation: Acquisition-Oriented Class Actions“, *Foundations of Corporate Law* (ed. Roberta Romano), 2nd edition, New York, 2010.
- Thompson Robert, Thomas Randall, „The Public and Private Faces of Derivative Lawsuits“, *Foundations of Corporate Law* (ed. Roberta Romano), 2nd edition, New York, 2010.
- Uzelac Alan, „Nove granice arbitrabilnosti prema Zakonu o arbitraži“, *Pravo u gospodarstvu*, бр. 2/2002.
- Fouchard Philippe, Gaillard Emmanuel, Goldman Berthold, *Traité de l’arbitrage commercial international*, Paris, 1996.
- Hamilton Robert, *The Law of Corporations*, Minnesota, 1991.
- Hansell Carol, *Corporate Governance*, Toronto, 2003.
- Carter James, Payton Sophie, „Arbitration and Company Law in England and Wales“, *European Company Law*, Vol. 12, Nr. 3/2015.

- C. B. Gower Laurence, Davies Paul L., *Principles of Modern Company Law*, London, 2008.
- Cohen Daniel, *Arbitrage et société*, LGDJ, Paris, 1993.
- Cox James D., „The Social Meaning of Shareholder Suits“, *Brooklyn Law Review*, Nr. 3/1999, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=203373>, 28. 3. 2020.
- Cozian Maurice, Viandier Alain, Deboissy Florence, *Droit des sociétés*, Paris, 2006.
- Charlesworth John, *Charlesworth's Business Law*, London, 1991.
- Cheffins Brian R., *Company Law – theory, structure and operation*, Oxford, 2004.
- Christopher Riley, „Derivative Claims and Ratification: Time to Ditch some Baggage“, *Legal Studies Durham Research Online*, Vol. 34, Nr. 4/2014.

Mirko VASILJEVIĆ, PhD

Full Professor at the University of Belgrade Faculty of Law,

President of the Permanent Court of Arbitration at the Chamber of

Commerce and Industry of Serbia

COMMERCIAL COMPANIES AND COMMERCIAL COURTS

Summary

The company law rules governing commercial companies, being a special sphere of substantive law, are not and cannot by themselves constitute a closed regulatory system. Practical legal life of numerous substantive institutes of company law is possible only within the complete legal surrounding and in delicate cooperation between substantive and procedural regulation. At this moment, the Serbian legal scene is characterized by an evident gap between legislative aspiration which covers the sphere of substantive provisions governing commercial companies (Law on commercial companies) aimed at following the trends of the company law regulation in the leading European countries and harmonised regulation within this sphere on the level of EU and regulation which covers the procedure of enforcement of those institutes in practice, both contentious and extra contentious, both judicial and arbitration. Of course, this does not mean that regulation of substantive law institutes, especially the institutes which have their procedural side, is always fully acceptable and exemplary in all their aspects.

In this article the author critically discusses, before all, shortcomings of Serbian companies' regulation which governs substantive law institutes having corresponding procedural aspects: arbitrability of internal company disputes (companies' members – members, members – board of directors, companies' members – company) and special companies' actions that are recognized and regulated by law (arbitrability of derivative action, arbitrability of individual action, arbitrability of class action); shortcomings of existing substantive legal regime of derivative action, which are the main reason of the scarce presence of this type of action in judicial practice; shortcomings of existing legal regime of individual action (especially on the level of covering the zone of reflective losses), as well as the shortcomings of legal regime of the class action as a kind of collective action (especially of its legal effect on non-participants in the procedure before courts or arbitration) and, finally, representative actions. The author draws the conclusion that it is necessary to review the substantive regulation in order to remove any possible ground for interpretation that internal companies' disputes are not arbitrable (capable of being resolved by arbitration under the arbitration agreement). In the same vein, the author submits that it is necessary to thoroughly modify the existing procedural regulation, in order to make procedural aspects of company lawsuits more straightforward and indisputable (litispendancy objection and res iudicata objection – the need to establish only the objective identity of the subject-matter of the disputes, procedural costs related to derivative actions, legal effect of class action on non-participants in litigation or arbitration procedure, practical aspects of representative legal actions and so on). Finally, the author proposes the introduction of the possibility for alternative competence of public notaries for numerous extra-contentious procedures which can now be brought only before commercial courts. As an argument in favour of this proposal, the author puts forward that, at present, public notaries are competent to perform various non-contentions procedures (this could partly compensate for their almost complete non-justifiable exclusion from the sphere of company law, which is the current approach taken by the Serbian public notary law).

Key words: *Commercial Companies. – Derivative Actions. – Individual Actions. – Class and other Collective Actions. – Commercial Court and Arbitration. – Arbitrability.*

Датум пријема рада: 1. 7. 2020.

Датум прихватања рада: 24. 8. 2020.