

УНИВЕРЗИТЕТ У БЕОГРАДУ  
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

Јована Т. Величковић

**ДЕРИВАТИВНА ТУЖБА:  
КОМПАНИЈСКО-ПРАВНА И ПРОЦЕСНО-  
ПРАВНА АНАЛИЗА**

докторска дисертација

Београд, 2019.

UNIVERSITY OF BELGRADE  
FACULTY OF LAW

Jovana T. Veličković

**DERIVATIVE CLAIM: COMPANY LAW  
AND CIVIL PROCEDURAL LAW  
ANALYSIS**

Doctoral Dissertation

Belgrade, 2019

## **ПОДАЦИ О МЕНТОРУ И ЧЛАНОВИМА КОМИСИЈЕ**

### **Ментор:**

проф. др Вук Радовић

редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

### **Чланови Комисије:**

проф. др Мирко Васиљевић

редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

проф. др Никола Бодирога

ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду

проф. др Владимир Савковић

ванредни професор Правног факултета Универзитета Црне Горе

### **Датум одбране:**

## ПОДАЦИ О ДОКТОРСКОЈ ДИСЕРТАЦИЈИ

### ДЕРИВАТИВНА ТУЖБА: КОМПАНИЈСКО-ПРАВНА И ПРОЦЕСНО-ПРАВНА АНАЛИЗА

#### Резиме:

Предмет докторске дисертације је деривативна тужба. Реч је о веома комплексном институту компанијског права који је у српско право уведен Законом о предузећима из 1996. године, а данас је регулисан Законом о привредним друштвима. Деривативна тужба се обично дефинише као тужба коју члан друштва подноси у своје име, а за рачун компаније, против директора или других лица која су својим поступањем проузроковала штету компанији. Међутим, потребно је указати да је реч о поједностављеној дефиницији, јер свако право дефинише свој однос према деривативној тужби, те је скоро немогуће формулисати универзалну дефиницију деривативне тужбе. Ипак, постоји једна заједничка карактеристика уређења деривативне тужбе у свим правима, а то је да деривативна тужба није општа тужба компанијског права, већ је ограничена како по персоналном, тако и по материјалном домену примене. У српском праву деривативну тужбу је могуће поднети само због повреде посебних дужности према друштву, повреде правила о ограничењима плаћања код акционарских друштава и ради искључења члана друштва са ограниченом одговорношћу. Право на подношење тужбе имају само чланови друштва који поседују 5% удела у основном капиталу друштва и који су поднели захтев друштву за подношење директне тужбе (претходни захтев), али по коме друштво није поступило или на који није одговорило.

До сада деривативна тужба није била предмет детаљнијег интересовања, како српске правне науке, тако ни пословне праксе, с обзиром на околност да постоји свега неколико примера деривативне тужбе. Отуда, циљ дисертације је да представи свеобухватну анализу деривативне тужбе, како би се постигло потпуно разумевање овог института и на крају дали предлози за измене позитивног законодавства, у циљу постизања већег степена примене тужбе. Таква анализа нужно мора да обухвати анализу са становишта компанијског права и становишта грађанско процесног права.

Компанијско правна анализа деривативне тужбе започиње дефинисањем теоријског основа деривативне тужбе, анализом историјског развоја деривативне тужбе, а затим одређењем схватања (традиционално и модерно), сврхе (репресија и/или превенција штетног понашања) деривативне тужбе, појма, правне природе, основних обележја деривативне тужбе и односа деривативне тужбе и општих принципа компанијског и грађанског права. На тај начин формирају се основи за анализу три кључна питања која се везују за деривативну тужбу, а то су: у којим сегментима компанијског права постоји потреба да се примењује деривативна тужба, друго којим лицима треба дати овлашћење на подношење деривативне тужбе и треће под којим условима се може употребити дато овлашћење. Ипак, по свом значају се издваја питање којим лицима треба дати овлашћење на подношење деривативне тужбе, да ли само члановима друштва или би право на подношење тужбе требало дати и другим лицима, а пре свих повериоцима друштва. У том погледу, функционална анализа деривативне тужбе условљена је претходним разрешењем теоријских питања која се везују за деривативну тужбу, јер одговори на постављена теоријска питања утичу на дефинисање законодавног уређења деривативне тужбе, пре свега у погледу персоналног домена примене. Сматра се да постоје два могућа теоријска оправдања постојања деривативне тужбе, а то су специфичност правног субјективитета привредног друштва (применљиво и на друга права) и вршење дужникових правних радњи (применљиво у српском праву). У најкраћем, специфичност правног субјективитета привредног друштва се изражава на начин да привредно друштво своју вољу може изразити само кроз физичка лица у саставу органа привредног друштва, која имају и сопствену вољу, што неминовно води и постојању више различитих интереса унутар друштва, који могу доћи у сукоб. Отуда се поставља питање шта радити у ситуацији када физичко лице у саставу органа привредног друштва проузрокује штету друштву, а управо орган у чијем се саставу налази ово физичко лице (или други орган друштва са којим је физичко лице интересно повезано) има надлежност да одлучује о покретању судског поступка у име друштва. Логичан закључак јесте да поступак код оваквог стања ствари вероватно неће бити покренут, те се поставља питање како решити настали проблем, а деривативна тужба се намеће као једино решење. Када је реч о концепту права повериоца да врши дужникове правне радње, констатовано је да је реч о спорном теоријском концепту. У овом случају теоријски основ постојања

деривативне тужбе се заснива на премиси да су чланови резидуални повериоци друштва, јер су они у српском праву једини овлашћени да добију резидуалну вредност која је створена унутар друштва, а која је преостала након измирења свих обавеза друштва. У том погледу, деривативна тужба представља начин да чланови друштва заштите свој „поверилачки статус“, који није могуће заштити на непосредан начин, као када је реч о стварним повериоцима. Имајући у виду све наведено, на крају је дат закључак о теоријском оправдању деривативне тужбе у српском праву, те се сматра да је реч о основима који посматрано заједно дају најпотпуније објашњење постојања деривативне тужбе. Поред наведеног, на данашњем ступњу развоја компанијског права, сматра се да деривативна тужба мора служити првенствено заштити интереса друштва, што подразумева да некада тужба не би требало да буде дозвољена, иако постоје шансе за успех у спору, а што такође мора утицати на дефинисање законодавног оквира деривативне тужбе, пре свега у контексту проширивања надлежности суда и на одлучивање о целисходности деривативне тужбе, било да је то непосредна надлежност суда (као што је случај у енглеском или немачком праву), или посредна, у ком случају суд процењује да ли је оцена постојања интереса друштва за подношење деривативне тужбе правилно изведена од стране независних лица унутар друштва (америчко право). У оквиру компанијско правне анализе деривативне тужбе посебна пажња је посвећена месту и улози деривативне тужбе у систему корпоративног управљања (која тема до сада није била предмет детаљније анализе српске теорије компанијског права), а са тиме у вези и односу деривативне тужбе и сродних тужби компанијског права (индивидуална, колективна тужба и тужба због неправичног поступања управе) и на крају утицају посебних околности, као што су статусна промена, промена правне форме и покретање поступка ликвидације на деривативну тужбу.

У другом делу дисертације дата је анализа поступка по деривативној тужби који започиње подношењем претходног захтева друштву, а наставља се подношењем деривативне тужбе суду. У том погледу, најпре је детаљно анализиран претходни захтев који представља карактеристично обележје деривативне тужбе у америчком праву. Имајући у виду наведено, структура излагања о претходном захтеву је формирана на основу уређења америчког права, али су сва питања анализирана са аспекта америчког и српског права. Анализа је показала да концепт претходног захтева у српском праву у великој мери одступа од уређења америчког

права, јер је претходни захтев сведен на формалност, с обзиром на то да не доприноси спречавању непотребних тужби, које нису у интересу друштва, а што би данас требало да буде примарна сврха претходног захтева. Наиме, структура уређења претходног захтева у српском праву се заснива на претпоставци да је свака деривативна тужба основана и потребна друштву, што неспорно није увек случај. Када је реч о процесно правној анализи деривативне тужбе, најпре је потребно нагласити да деривативна тужба до сада није била предмет интересовања теорије грађанско процесног права, те дисертација представља прво научно дело које се бави овом тематиком. Имајући у виду наведено, у оквиру излагања о односу деривативне тужбе и правила парничног поступка, анализирани су све теме и институти процесног права, у односу на које специфичности деривативне тужбе захтевају формирање нових правила или другачије тумачење, односно примену постојећих правила. Анализа односа деривативне тужбе и општих института парничног поступка указује да у српском праву тренутно не постоје адекватна правила поступка, која би била у складу са специфичностима деривативне тужбе, а што може представљати озбиљну препреку ефикасној примени деривативне тужбе. У оквиру процесно правне анализе разматран је и однос деривативне тужбе и извршног поступка (са акцентом на питање које лице има право на покретање извршног поступка на основу пресуде која је донета у поступку по деривативној тужби), затим дејство отварања стечајног поступка на право на подношење тужбе и већ започете поступке, као и да ли је деривативну тужбу могуће или потребно поднети против стечајног управника. На крају је дата анализа арбитрабилности спора по деривативној тужби.

Свеобухватна анализа деривативне тужбе је потврдила хипотезе које су постављене на почетку излагања, као и да је деривативна тужба неопходан и веома комплексан институт компанијског права, упркос одређеним ограничењима, која вероватно није ни могуће у потпуности отклонити, већ свести на најмању меру. У овом случају најпре је реч о ограничењима која се односе на адекватан подстицај (мотив за подношење тужбе), као и проблемима који се односе на недовољну информисаност чланова друштва који подносе тужбу и финансирање трошкова поступка. Истовремено свеобухватна анализа деривативне тужбе је показала да позитивно правно уређење деривативне тужбе у српском праву није потпуно одговарајуће, посебно када је реч о уређењу судског поступка по деривативној

тужби. Због наведеног, у неко скорије време препорука је да се измени уређење деривативне тужбе, са циљем подизања свести пословне праксе о значају деривативне тужбе као института компанијског права. Међутим, оно што је увек потребно имати у виду јесте да због чињенице да деривативна тужба представља корективни механизам компанијског права, није могуће формулисати идеално уређење деривативне тужбе. Са друге стране, уређење деривативне тужбе не би смело да се формулише без узимања у обзир карактеристика привредног окружења права у којем се примењује (што је у највећем делу до сада био случај са српским правом).

**Кључне речи:** деривативна тужба, члан друштва, капитал цензус, претходни захтев, посебне дужности према друштву, ограничења плаћања, искључење члана, интерес друштва

**Научна област:** Правне науке

**Ужа научна област:** Пословноправна област

**УДК број:** 347.72/.73



## **INFORMATION ABOUT DOCTORAL DISSERTATION**

### **DERIVATIVE CLAIM: COMPANY LAW AND CIVIL PROCEDURAL LAW ANALYSIS**

#### **Abstract:**

The subject of this doctoral dissertation is the concept of derivative claim. This is a very complex corporate law concept, which was introduced into the Serbian law through the 1996 Act on Enterprises, and is today regulated by the Business Corporation Act. A derivative claim is usually defined as a lawsuit brought on behalf of a company by one or more of its shareholders against the directors or any other persons whose actions caused damage to the company. Nevertheless, it should be emphasized that this definition is simplified, as every law defines derivative claim through its own prism; therefore, it is almost impossible to formulate a universal definition of derivative claim, as such. Still, there is one common feature of derivative claim in all legal systems – the derivative claim is not a general claim under the corporate law, but it is limited, both in the personal and the material scope of application. In the Serbian law, a derivative claim may be filed only in case of breach of fiduciary duties towards the company, breach of the rules on limits on a corporation's right to make distributions to shareholders in case of joint stock companies and expulsion of a member of limited liability company. Such a claim may be filed only by shareholders holding at least 5% of company's share capital, provided such shareholders have submitted a request for submission of a direct claim to the company (prior demand), but the company refused to act on it or to respond to such a request.

So far, there has been not much interest in derivative claim, either among the Serbian legal theorists or in business practice since there have been only several cases of derivative claims. Therefore, the aim of this dissertation is to provide a comprehensive analysis of derivative claim in order to achieve a complete understanding of this legal concept, and, finally, to propose amendments to the current legislation with a view to applying this concept more. This means that the dissertation will analyze the concept from the standpoint of the corporate and civil procedural laws.

The corporate law analysis of derivative claim begins with the definition of the theoretical basis of derivative claim, an analysis of the historical development of

derivative claim, followed by the description of different understandings of the claims (traditional and modern), their purpose (repression and/or prevention of tortious behavior), notion, legal nature, main features and the relationship between derivative claim and the general corporate and civil laws principles. This shall provide the basis for the analysis of three essential questions related to the derivative claim, i.e. which segments of the corporate law show the need to apply the derivative claim; which persons should be authorized to file derivative claim; and in which circumstances may one use the authority given. Still, one question sets itself apart as the most important: which persons should be authorized to file derivative claim; should it be limited to company shareholders or should other persons also be entitled to file such claims – such other persons primarily include company creditors. In that regard, the functional analysis of the derivative claim is contingent to the previous resolution of the theoretical issues with the derivative claim, as the answers to the said theoretical issues have impact on the definition of the legislative regulation of derivative claim, primarily in the personal application domain. Generally, it is considered that there are two possible theoretical justifications for the existence of derivative claim – the specificity of the legal personality of a company (which is applicable to other laws, as well) and the performance of debtor's legal actions (applicable in the Serbian law). To put it in a nutshell, the specificity of the legal personality of a company refers to the fact that a company may express its will only through physical persons serving on company boards, which persons, on the other hand, have their own will, which inevitably leads to the existence of many diverging interests in a company, which may clash with each other. This gives rise to the question what should be done in a situation when a physical persons serving on a company board causes any damage to the company, while the board on which the said physical person is serving (or any other company board in which the physical person has any interest whatsoever) is the one authorized to decide on the initiation of court proceedings on behalf of the company. The logical conclusion is that, in such a case, probably no proceedings would be initiated; therefore, one may ask how this issue may be resolved; and the derivative claim surfaces as the sole viable solution. As for the concept of the creditors' right to perform debtor's legal actions, it is emphasized that this is a contentious theoretical concept. In this case, the theoretical basis for the existence of a derivative claim rests on the premise that shareholders are residual creditors of the company as, in the Serbian law, they are the only ones authorized to get the residual value created within the company remaining after the

settlement of all liabilities of the company. In this regard, derivative claim becomes a manner in which company shareholders may protect their “creditor status“, which cannot be protected directly, as in case of actual creditors. Having in mind everything above, at the end, dissertation reaches a conclusion on the theoretical justification of the derivative claim in the Serbian law; therefore, the author holds that these are the grounds which, if viewed together, will provide the most complete explanation of the existence of derivative claims. Apart from the above said, on the current level of development of the corporate law, it is regarded that a derivative claim must primarily protect company interests, which means that, at times, a claim should not be allowed, although it is likely to be successful, which also must affect the definition of the legislative framework of the derivative claim, primarily in the context of expansion of court jurisdiction to include the determination on the benefit of a derivative claim, regardless whether we refer to the direct court jurisdiction (as is the case in English or German law), or indirect court jurisdiction, in which case the court assesses whether the existence of a company interest in the submission of a derivative claim has been properly determined by independent parties within the company (American law). In the corporate law analysis of the derivative claims, special attention is paid to the place and role of derivative claim in the corporate governance (which topic has been the subject of analysis in the Serbian corporate law in very limited volume), as well as to the relationship between the derivative claim and the related corporate law claims (individual claims, collective claims and unfair prejudice claims), and finally, to the impact of special circumstances, such as status changes, changes of the legal form and the initiation of liquidation proceedings on the derivative claim.

The second part of the dissertation provides an analysis of the derivative claim proceedings initiated by the filing of a prior demand to the company, and is continued by the filing of a derivative claim to the court. In that regard, the dissertation first provides a detailed analysis of the prior demand, which is regarded as a specific feature of derivative claim in the American law. Having in mind the above said, the structure of analysis of the prior demand is based on the American legal system, but all issues have been analyzed from the aspect of both the American and Serbian laws. The analysis has shown that the concept of a prior demand in the Serbian law greatly diverges from its regulation in the American law, because the prior demand is reduced to a mere formality, considering the fact that it does not contribute to the prevention of unnecessary claims, which are not in

the interest of the company, which should be the primary purpose of the prior demand. Namely, the structure of the prior demand in the Serbian law is based on the assumption that each and every derivative claim is well-founded and necessary for the company, which is not the case. In case of procedural law analysis of derivative claims, first, it should be emphasized that, so far, derivative claim have not been the subject of interest in the civil procedural law theory; therefore, this dissertation will be the first paper covering the topic. Having in mind the above said, the part of the work on the relationship between the derivative claim and the litigation procedure rules analyzes all topics and concepts of procedural law which require the adoption of new rules or different interpretation / application of the existing rules due to the specificities of the derivative claim concept. The analysis of the relationship between the derivative claim and the general litigation procedure concepts shows that, at the moment, the Serbian law does not have any adequate rules of procedure which would properly deal with the derivative claim specificities, which may be regarded as a serious impediment to the effective application of the derivative claim. The procedural law analysis also considers the relationship between the derivative claim and the enforcement proceedings (with special emphasis on the question which person is entitled to initiate an enforcement based on the decision reached in the derivative claim proceedings), as well as the effects of the initiation of a bankruptcy procedure on the right to file a derivative claim or on the already initiated procedures, as well as whether a derivative claim may or should be filed against the bankruptcy manager. At the end, the dissertation provides an analysis of the arbitrability of derivative claim disputes.

A comprehensive derivative claim analysis has confirmed the hypotheses listed at the beginning of the dissertation, as well as that derivative claims are a necessary and very complex corporate law concept despite certain limitations, which, probably, cannot even be fully avoided, but only reduced to the lowest possible level. In this case, first, there are limitations related to the proper incentive (motive for the filing of a claim), as well as the issues related to the insufficient access of information of company by the shareholders filing the claim and funding of the legal costs of the proceedings. Simultaneously, a comprehensive derivative claim analysis has shown that the legal structure of the derivative claim in the Serbian law is not completely adequate, especially in relation to the structure of court proceedings based on derivative claims. Due to the above said, it is recommend that the derivative claim regulation should be amended in the near future in

order to raise the business sector awareness of the significance of the derivative claim as a corporate law concept. Nevertheless, what should especially be kept in mind is that, due to the fact that a derivative claim is regarded as a correctional mechanism of the corporate law, it is not possible to define ideal derivative claim regulation. On the other hand, derivative claim regulation should not be formulated without the consideration of the characteristics of the economic environment wherein it is applied (which mostly has not been the case in the Serbian law, so far).

**Key words:** derivative claim, shareholder, minimum share ownership requirement, prior demand, fiduciary duties, restrictions on distributions to shareholders, member expulsion, company interest

**Scientific field:** Legal Sciences

**Narrow scientific field:** Business Law

**UDC number:** 347.72/.73

## Садржај

УВОД.....	11
1. Одређење предмета разматрања .....	11
2. Полазне хипотезе.....	18
3. Методологија истраживања.....	20
4. Терминолошка опредељења (домен примене анализе) .....	22
5. Оквирна дефиниција деривативне тужбе.....	23
ДЕО ПРВИ .....	25
КОМПАНИЈСКО ПРАВНА АНАЛИЗА .....	25
ГЛАВА I .....	25
ДЕРИВАТИВНА ТУЖБА – ЈЕДАН ПРИМЕР ИЗ ПРАКСЕ .....	25
1. Чињенице случаја .....	25
2. Кратка анализа тока и исхода судског поступка .....	26
3. Нека почетна запажања.....	30
ГЛАВА II.....	36
ТЕОРИЈСКА АНАЛИЗА ДЕРИВАТИВНЕ ТУЖБЕ .....	36
1. Деривативна тужба као правни трансплант.....	36
2. Два могућа теоријска објашњења деривативне тужбе у српском праву.....	42
2.1. Деривативна тужба као последица специфичности правног субјективитета привредног друштва .....	43
2.1.1. Специфичности правног субјективитета привредног друштва.....	44
2.1.2. Специфичности правног субјективитета привредног друштва као основ постојања деривативне тужбе .....	50
2.2. Деривативна тужба као начин вршења дужникових правних радњи.....	52
2.2.1. Појам вршења дужникових правних радњи и примена у компанијском праву .....	55
2.2.2. Вршење дужникових права и допунска права повериоца као основ постојања деривативне тужбе .....	57
2.3. Закључак о теоријском основу деривативне тужбе у српском праву.....	61
3. Однос материјалног и процесног права на примеру деривативне тужбе .....	63
4. Деривативна тужба као део расправе о сврси постојања привредног друштва .....	67

ГЛАВА III.....	73
ИСТОРИЈСКИ РАЗВОЈ ДЕРИВАТИВНЕ ТУЖБЕ .....	73
1. Концепт представничке парнице англосаксонског права .....	73
2. Настанак и развој деривативне тужбе у англосаксонском праву .....	76
2.1. Велика Британија .....	77
2.1.1. Пракса енглеских судова .....	78
2.1.1.1. Правило Foss vs Harbottle .....	80
1) Чињенице случаја .....	80
2) Аргументи суда.....	81
3) Елементи правила и изузеци .....	82
2.1.2. Компанијски закон из 2006. године.....	85
2.2. Сједињене Америчке Државе .....	88
2.2.1. Два циклуса у развоју деривативне тужбе у Сједињеним Америчким Државама.....	89
2.2.2. Правило 23.1 Федералног закона о парничном поступку .....	92
2.2.3. Модел закон и закони држава чланица .....	93
3. Европско право .....	93
3.1. Француско право.....	94
3.2. Немачко, аустријско и остала европска права .....	94
4. Развој деривативне тужбе у српском праву .....	96
4.1. Закон о предузећима (1996) .....	97
4.2. Закон о привредним друштвима (2004) .....	101
ГЛАВА IV .....	105
ЗАКОНОДАВНИ ОКВИР ДЕРИВАТИВНЕ ТУЖБЕ (ПРАВНО УРЕЂЕЊЕ).....	105
1. Упоредно право .....	105
1.1. Велика Британија.....	105
1.2. САД.....	108
1.3. Европско право .....	112
2. Српско право.....	117
ГЛАВА V.....	121
ПОЈАМ И ОСНОВНЕ КАРАКТЕРИСТИКЕ ДЕРИВАТИВНЕ ТУЖБЕ.....	121
1. Појам (дефиниција) и правна природа деривативне тужбе.....	121
2. Основна обележја деривативне тужбе.....	126
2.1. Начело супсидијарности деривативне тужбе.....	128

ГЛАВА VI .....	130
СХВАТАЊА О ДЕРИВАТИВНОЈ ТУЖБИ .....	130
1. Два схватања деривативне тужбе .....	130
1.1. Традиционално схватање деривативне тужбе .....	131
1.2. Модерно схватање деривативне тужбе.....	135
ГЛАВА VII .....	140
СВРХА ДЕРИВАТИВНЕ ТУЖБЕ .....	140
1. Значај питања сврхе деривативне тужбе.....	140
2. Две сврхе деривативне тужбе.....	141
2.1. Репресивна функција .....	142
2.2. Превентивна функција .....	146
3. Закључак.....	149
ГЛАВА VIII.....	151
ДЕРИВАТИВНА ТУЖБА КАО ИЗУЗЕТАК ОД ОПШТИХ ПРАВИЛА КОМПАНИЈСКОГ И ГРАЂАНСКОГ ПРАВА .....	151
1. Уопште о начелима грађанског права .....	151
1.1. Условни изузетак од начела диспозиције грађанског права .....	152
1.2. Изузетак од правила о постојању јединства стварне и процесне легитимације.....	153
2. Уопште о начелима (принципима) компанијског права.....	155
2.1. Изузетак од принципа расподеле компанијске моћи и принципа већинског одлучивања .....	157
ГЛАВА IX .....	159
МЕСТО ДЕРИВАТИВНЕ ТУЖБЕ У КОМПАНИЈСКОМ ПРАВУ .....	159
1. Деривативна тужба и компанијско право .....	159
2. Ограничење принципа расподеле компанијске моћи и принципа већинског одлучивања – права (мањинских) чланова друштва .....	162
3. Деривативна тужба као право члана привредног друштва – допуна теоријске анализе .....	164
3.1. Појам „мањинска права чланова друштва“ и општа учења о субјективним правима – да ли је термин „право“ адекватан? .....	165
3.2. Посебно место деривативне тужбе у расправи .....	167
3.3. Закључак расправе .....	168
4. Деривативна тужба као механизам корпоративног управљања .....	169
4.1. Уопште о корпоративном управљању и корпоративној одговорности.....	169



4.2. Три агенцијска проблема .....	172
4.3. Деривативна тужба и први агенцијски проблем.....	173
4.4. Деривативна тужба и други агенцијски проблем .....	176
4.5. Деривативна тужба и трећи агенцијски проблем .....	178
4.6. Могућност формирања <i>sui generis</i> агенцијског проблема .....	179
4.7. Деривативна тужба као начин решавања <i>sui generis</i> агенцијског проблема .	181
4.8. Однос деривативне тужбе и других механизма корпоративног управљања .....	182
4.9. Анализа ефикасности деривативне тужбе као механизма корпоративног управљања .....	187
4.10. Закључак о деривативној тужби као механизму корпоративног управљања .....	189
4.11. Деривативна тужба као извор настанка агенцијског проблема .....	192
ГЛАВА X.....	196
ДОМЕН ПРИМЕНЕ ДЕРИВАТИВНЕ ТУЖБЕ.....	196
1. Ограниченост објективног и субјективног домена примене деривативне тужбе	196
2. Објективни домен примене деривативне тужбе.....	196
2.1. Посебне дужности према привредном друштву .....	198
2.2. Ограничења плаћања .....	207
2.3. Искључење члана друштва са ограниченом одговорношћу судском одлуком.....	212
2.4. Друге одредбе ЗПД .....	219
3. Субјективни домен примене деривативне тужбе .....	222
3.1. Тужилац код деривативне тужбе.....	224
3.2. Уопштено о могућим тужиоцима код деривативне тужбе – две групе тужилаца .....	225
3.2.1. Тужиоци изван сфере привредног друштва .....	226
3.2.1.1. Запослени .....	227
3.2.1.2. Субјекти контроле пословања привредних друштава .....	230
3.2.2. Повериоци друштва као подносиоци деривативне тужбе .....	233
3.2.3. Тужиоци унутар сфере привредног друштва – расправа на нивоу односа управе друштва и чланова друштва .....	244
3.2.4. Српско право .....	249
3.3. Тужени код деривативне тужбе.....	257
3.3.1. Управа друштва и друга лица овлашћена за заступање.....	260

3.3.1.1. Директори.....	261
3.3.1.2. Чланови надзорног одбора .....	262
3.3.1.3. Заступници друштва.....	262
3.3.1.4. Прокуристи .....	264
3.3.2. Власници капитала.....	264
3.3.3. Субјекти изван сфере привредног друштва.....	265
3.3.3.1. Повреда дужности пријављивања послова и радњи у којима постоји лични интерес .....	266
3.3.3.2. Повреда дужности забране избегавања сукоба интереса .....	268
3.3.3.3. Повреда дужности забране дужности конкуренције .....	268
3.3.4. Запослени .....	270
3.4. Примена деривативне тужбе код друштава лица и друштава капитала .....	270
3.4.1. Српско право .....	275
3.5. Деривативна тужба и повезана привредна друштва .....	281
3.5.1. Српско право .....	288
ГЛАВА XI .....	294
УСЛОВИ ЗА ПОДНОШЕЊЕ ДЕРИВАТИВНЕ ТУЖБЕ .....	294
1. Појам, сврха и правна природа услова за подношење деривативне тужбе .....	294
2. Услови за подношење деривативне тужбе у српском праву.....	295
2.1. Капитал цензус.....	296
2.2. Претходно обраћање друштву .....	300
2.3. Рок за подношење тужбе.....	302
2.3.1. Рок за подношење деривативне тужбе због повреде посебних дужности према друштву и искључења члана друштва са ограниченом одговорношћу..	303
2.3.2. Рок за подношење деривативне тужбе ради враћања недозвољених плаћања .....	305
2.3.3. Рачунање рокова.....	306
ГЛАВА XII .....	310
УЛОГА СУДА У ПОСТУПКУ ПО ДЕРИВАТИВНОЈ ТУЖБИ .....	310
1. Две улоге суда у поступку по деривативној тужби .....	310
1.1. Одлучивање о целисходности тужбеног захтева.....	310
1.2. Одлучивање о испуњености услова за вођење поступка и основаности тужбеног захтева.....	315
2. Српско право.....	316

ГЛАВА XIII.....	318
ОПРАВДАНОСТ ПРАВА ЧЛАНОВА ДРУШТВА НА ПОДНОШЕЊЕ ДЕРИВАТИВНЕ ТУЖБЕ .....	318
1. Чланови друштва као титулари права на подношење деривативне тужбе – расправа на нивоу појма члана привредног друштва .....	319
2. Одређени проблеми уколико се право на подношење тужбе додели члановима друштва.....	326
2.1. Различити интереси друштва и чланова који подносе тужбу .....	327
2.2. Приступ информацијама за потребе вођења поступка .....	332
2.3. Трошкови поступка .....	337
2.4. Додатни фактори који утичу на доношење одлуке о покретању поступка ...	340
3. Механизми контроле доношења одлуке о подношењу деривативне тужбе.....	341
4. Закључак.....	342
ГЛАВА XIV.....	344
ОДНОС ДЕРИВАТИВНЕ ТУЖБЕ СА СЛИЧНИМ ИНСТИТУТИМА.....	344
1. Појам, оправданост акционарских тужби и улога у компанијском праву.....	344
1.1. Аргументи у прилог и против акционарских тужби .....	346
2. Однос деривативне тужбе и индивидуалне тужбе .....	349
2.1. Појам индивидуалне тужбе.....	349
2.2. Однос индивидуалне и деривативне тужбе.....	350
2.2.1. Српско право .....	355
3. Однос деривативне тужбе и колективне тужбе.....	364
3.1. Појам колективне тужбе и основни принципи функционисања.....	365
3.2. Правило 23. Федералног закона о парничном поступку.....	368
3.3. Однос колективне и деривативне тужбе .....	370
4. Однос деривативне тужбе и института <i>unfair prejudice</i> енглеског права .....	373
4.1. Појам института <i>unfair prejudice</i> и однос са деривативном тужбом .....	375
4.2. Српско право .....	377
5. Акционарске тужбе у српском праву .....	380
6. Закључак.....	381
ГЛАВА XV .....	383
ДЕРИВАТИВНА ТУЖБА И ПОСЕБНЕ ОКОЛНОСТИ .....	383
1. Деривативна тужба и статусне промене привредног друштва .....	383
1.1. Утицај статусне промене на деривативну тужбу.....	384
1.1.1. Припајање .....	385

1.1.2. Спајање.....	386
1.1.3. Подела .....	386
1.1.4. Издвајање .....	388
1.1.5. Закључак .....	389
2. Деривативна тужба и промена правне форме привредног друштва .....	390
2.1. Утицај промене правне форме на деривативну тужбу.....	391
3. Деривативна тужба и ликвидација.....	393
3.1. Утицај покретања ликвидације на деривативну тужбу.....	394
ДЕО ДРУГИ .....	399
ПОСТУПАК ПО ДЕРИВАТИВНОЈ ТУЖБИ.....	399
ГЛАВА I .....	399
ПОСТУПАК УНУТАР ДРУШТВА .....	399
1. Претходни захтев који се упућује друштву .....	400
1.1. Орган друштва којем се подноси захтев.....	404
1.1.1. Право САД.....	405
1.1.2. Српско право .....	409
1.1.2.1. Примена принципа надлежности за доношење одлуке о покретању поступка.....	410
1.1.2.2. Примена принципа ратификације .....	412
1.1.2.3. Закључак.....	416
1.2. Форма и садржина претходног захтева .....	416
1.2.1. Форма претходног захтева .....	417
1.2.2. Садржина претходног захтева .....	422
1.3. Обавезност подношења претходног захтева .....	424
1.3.1. Право САД.....	426
1.3.2. Српско право .....	432
1.4. Механизми и критеријуми за преиспитивање основаности претходног захтева.....	433
1.4.1. Комисија за спорове.....	435
1.4.1.1. Појам, врсте и улога комисије.....	435
1.4.1.2. Именовање комисије, рад и принципи функционисања комисије ....	438
1.4.1.3. Српско право.....	442
1.4.2. Правило пословне процене – <i>Business judgement rule</i> .....	444
1.4.2.1. Модификовано правило и деривативна тужба .....	446

1.4.2.2. Српско право.....	448
1.4.3. Одредбе ЗПД (чл. 415 и друге одредбе).....	450
1.5. Врсте и правно дејство одлуке о претходном захтеву, рок за доношење одлуке.....	452
1.6. Судска ревизија тока и исхода поступка по претходном захтеву.....	455
1.6.1. Право САД.....	455
1.6.1.1. Преиспитивање негативне одлуке друштва када је поднет претходни захтев .....	456
1.6.1.2. Преиспитивање негативне препоруке комисије када није поднет претходни захтев .....	458
1.6.1.3. Преиспитивање негативне одлуке скупштине друштва .....	463
1.6.1.4. Српско право.....	465
1.7. Субјективни и објективни идентитет претходног захтева и деривативне тужбе .....	465
1.8. Обавештење друштва о поднетој тужби.....	467
ГЛАВА II.....	469
ПОСТУПАК ПРЕД ПАРНИЧНИМ СУДОМ .....	469
1. Деривативна тужба и правила парничног поступка .....	469
1.1. Субјекти парничног поступка.....	469
1.1.1. Надлежност суда (стварна и месна) .....	470
1.1.2. Парничне странке.....	474
1.1.2.1. Процесни положај члана друштва који подноси тужбу .....	475
1.1.2.2. Процесни положај привредног друштва .....	477
1.1.3. Стварна и процесна легитимација .....	481
1.1.3.1. Странацка сукцесија.....	484
1.1.3.2. Утицај промене власништва на акцијама/уделима након подношења тужбе на процесну легитимацију (сингуларна сукцесија) .....	491
1.1.4. Заступање странака.....	494
1.2. Тужба .....	495
1.2.1. Врсте тужби које могу да се истакну у форми деривативне тужбе .....	495
1.2.2. Правни интерес за подношење деривативне тужбе.....	496
1.2.3. Садржина деривативне тужбе/тужбеног захтева и ограничен предмет спора (идентитет предмета спора).....	499
1.2.4. Преиначење деривативне тужбе .....	503
1.3. <i>Pactum de non p(r)etendo</i> и деривативна тужба.....	506

1.4. Поступање суда по деривативној тужби и структура парничног поступка...	509
1.4.1. Претходно испитивање деривативне тужбе .....	510
1.5. Достављање деривативне тужбе на одговор и држање туженог у парници ..	516
1.5.1. Литиспенденција у поступку по деривативној тужби .....	516
1.5.2. Могућност истицања противтужбе и приговора компензације у поступку по деривативној тужби .....	519
1.6. Припремно рочиште, односно прво рочиште за главну расправу .....	522
1.7. Ток главне расправе.....	523
1.7.1. Јавност поступка .....	523
1.7.2. Доказивање (доказна средства) и доказни поступак код деривативне тужбе .....	526
1.7.2.1. Прикупљање доказа – посебно ограничење деривативне тужбе .....	527
1.7.3. Терет доказивања .....	530
1.7.4. Спајање и раздвајање поступака.....	532
1.8. Претходно питање (и прекид поступка) .....	533
1.9. Трошкови поступка .....	537
1.9.1. Српско право .....	539
1.9.2. Потреба за другачијом регулативом у случају деривативне тужбе .....	540
1.9.2.1. Упоредно право (америчко, енглеско и немачко право) .....	540
1.9.2.2. Могућност прихватања упоредно–правних решења или формирање особеног режима надокнаде трошкова у српском праву.....	545
1.9.3. Закључак .....	546
1.10. Супарничарство и деривативна тужба.....	550
1.11. Учешће трећих лица у поступку по деривативној тужби .....	554
1.12. Окончање парничног поступка по деривативној тужби .....	558
1.12.1. Дејства пресуде и границе правоснажности пресуде у поступку по деривативној тужби .....	559
1.12.2. Парничне радње располагања којима се окончава поступак по деривативној тужби .....	562
1.13. Деривативна тужба као посебан парнични поступак.....	566
ГЛАВА III.....	569
ДЕРИВАТИВНА ТУЖБА И ИЗВРШНИ ПОСТУПАК.....	569
1. Начело формалног легалитета.....	569
2. Покретање и вођење извршног поступка .....	571
3. Деривативна тужба и привремене мере .....	575

ГЛАВА IV .....	578
ДЕРИВАТИВНА ТУЖБА И СТЕЧАЈНИ ПОСТУПАК .....	578
1. Дејство отварања стечаја на започете поступке .....	578
2. Дејство отварања стечаја на право на подношење деривативне тужбе .....	580
2.1. Могућност подношења деривативне тужбе против стечајног управника .....	584
ГЛАВА V .....	588
ДЕРИВАТИВНА ТУЖБА И АРБИТРАЖА .....	588
1. Проблем арбитрабилности .....	588
1.1. Арбитрабилност и компанијско право .....	590
1.2. Арбитрабилност и ЗПД .....	593
2. Арбитрабилност деривативне тужбе .....	594
2.1. Арбитрабилност деривативне тужбе у српском праву .....	597
ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА .....	601
ОЦЕНА ПОСТОЈЕЋЕ РЕГУЛАТИВЕ И ПРЕДЛОЗИ <i>DE LEGE FERENDA</i> .....	612
ЛИТЕРАТУРА .....	622
Домаћа литература .....	622
Страна литература .....	628
БИОГРАФИЈА .....	650

## УВОД

### 1. Одређење предмета разматрања

Предмет истраживања рада је деривативна тужба.<sup>1</sup> Реч је о специфичном институту компанијског права који је настао пре више од два века у пракси енглеских судова.<sup>2</sup> Из праксе енглеских судова деривативна тужба је трансплантирана најпре у америчко,<sup>3</sup> а затим и у европска права. У српско право деривативна тужба је уведена Законом о предузећима који је усвојила Савезна скупштина СРЈ 1996. године.<sup>4</sup>

Закон о предузећима из 1996. године, као ни каснији закони који су уређивали материју привредних друштава, не садрже изричиту дефиницију деривативне тужбе. У теорији компанијског права (упоредној и домаћој) такође су ретке прецизне дефиниције деривативне тужбе, те се појам деривативне тужбе обично објашњава кроз њену сврху. Тако, на пример, проф. Арад Реизберг (енгл. *Arad Reisberg*) деривативну тужбу дефинише као начин да акционари, углавном мањински, заштите права компаније која су повређена кршењем дужности од стране директора, јер се тада не може очекивати да ће директори који обично поступају у име и за рачун компаније бити вољни да покрену судски поступак.<sup>5</sup> Амерички

---

<sup>1</sup> У српском праву деривативна тужба је регулисана Законом о привредним друштвима – ЗПД, *Службени гласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 – др. закон, 5/2015, 44/2018 и 95/2018, чл. 79, 80.

<sup>2</sup> Настанак деривативне тужбе се скоро без изузетка везује за чувени енглески случај *Foss v. Harbottle* из 1843. године. Вид. Bert S. Prunty, „The shareholders' derivative suit: notes on its derivation“, *New York University Law Review* Vol. 32, No. 5 1957, 980. Ann M. Scarlett, Shareholder Derivative Litigation's Historical and Normative Foundations, *Buffalo Law Review*, Vol. 61 2013, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=2358209>, 05.02.2016, 856.

<sup>3</sup> Већина аутора сматра да је деривативна тужба у америчком праву настала по угледу на праксу енглеских судова. Међутим, поједини аутори указују да то није у потпуности тачан податак, јер су се амерички судови први пут сусрели са тужбом чланова друштва против директора у случају *Robinson v. Smith* из 1832. године, у ком тренутку није постојао енглески прецедент који би представљао основ за пресуђивање. Вид. A. J. Boyle, „The Minority Shareholder in the Nineteenth Century: A Study in Anglo-American Legal History“, *The Modern Law Review* Vol. 28, No. 3 1965, 321-322. Са друге стране постоје и мишљења која се налазе између два крајња става, а то је да деривативна тужба у америчком праву јесте настала по узору на правило *Foss v. Harbottle*, али је америчко право развило сопствени концепт деривативне тужбе. Наиме, америчко право је од енглеског права преузело правило о обавезном тужиоцу и деривативну тужбу као изузетак од тог правила, али не и сам концепт садржине деривативне тужбе. Вид. A. Scarlett (2013), 842.

<sup>4</sup> Закон је објављен у Службеном листу Савезне Републике Југославије бр. 29/1996 дана 26.06.1996. године, а ступио је на снагу дана 04.07.1996. године.

<sup>5</sup> Arad Reisberg, *Derivative actions and corporate governance*, Oxford University Press 2007, 1.



судови на сличан начин схватају деривативну тужбу, те објашњавају да деривативна тужба представља симбиозу два тужбена захтева. Први захтев се односи на обавезивање директора да поднесу тужбу против лица која су својим радњама проузроковала штету друштву, међу које се убрајају и сами директори друштва. Овај захтев се тумачи као лични захтев тужиоца, јер се сматрало да чланови друштва имају право да интереси друштва буду заштићени судским путем. У том смислу, када изостане покретање судског поступка од стране директора, јер управо директори треба да се нађу на месту туженог, подношењем деривативне тужбе чланови друштва штите и сопствено „право на судску заштиту интереса друштва“. Други захтев се односи на обавезивање директора да обештете компанију због повреде дужности, који тужилац остварује у своје име, а за рачун друштва<sup>6</sup> и који данас представља универзално схватање о предмету заштите деривативне тужбе. Аутори који су се до сада бавили деривативном тужбом на самом почетку излагања обично су наводили да је реч о једном од најкомплекснијих института компанијског права,<sup>7</sup> а поједини деривативну тужбу карактеришу и као контроверзан правни институт,<sup>8</sup> што би требало да нагласи велики број специфичности, као и проблема који се везују за примену и функционисање деривативне тужбе.<sup>9</sup>

На самом почетку излагања деривативна тужба се појмовно може одредити као тужба коју подносе чланови друштва против директора или других лица (по правилу, такође из унутрашње сфере компаније) ради заштите повређених имовинских права компаније због кршења законом прописаних дужности од стране тужених. Дакле, деривативном тужбом тужиоци не штите своја лична права, која такође могу бити повређена због повреде дужности према друштву, већ искључиво права друштва чији су тужиоци чланови. У том погледу може се констатовати да је деривативна тужба и у српском праву специфичан правни институт јер представља

---

<sup>6</sup> Вид. одлуке *Aronson v. Lewis*, 473 A.2d 805, 811 (1984), Врховни суд државе Делавер и *Brown v. Tenney*, 532 N.E.2d 230, 232 (Ill. 1988), Врховни суд државе Илиноис. James B. Aronoff, What's in a Name?: The Business Judgment Rule after *Zapata Corp. v. Maldonado*, *Case Western Reserve Law Review* Vol. 34, Iss. 2 1984, доступно на адреси: <https://scholarlycommons.law.case.edu/caselrev/vol34/iss2/6>, 03.05.2018, 341.

<sup>7</sup> A. Reisberg (2007), 1.

<sup>8</sup> B. Prunty, 980; Thomas P. Kinney, „Stockholder Derivative Suits: Demand and futility where the board fails to stop wrongdoers“, *Marquette Law Review* Vol. 78, Iss. 1 1994, 172; Sabrina Bruno, Eugenio Ruggiero, *Public companies and the role of shareholders: national models towards global integration*, Kluwer Law International 2011, 43.

<sup>9</sup> Robert W. Hamilton, *The Law of Corporation in Nutshell*, St. Paul, Minn. 2000<sup>5</sup>, 535-536.

изузетак од општих правила компанијског права и грађанског права (материјалног и процесног).

Када је реч о компанијском праву, деривативна тужба представља изузетак од принципа расподеле компанијске моћи<sup>10</sup> и принципа већинског одлучивања<sup>11</sup> (оба принципа су својствена друштвима капитала). Принцип расподеле компанијске моћи дефинише расподелу надлежности за доношење одлука унутар друштва. У оквиру те расподеле, по правилу, пословне одлуке друштва, међу које се убраја и покретање судског поступка,<sup>12</sup> доноси управа друштва или евентуално скупштина чланова друштва, али не и појединачни чланови друштва. Међутим, у случају деривативне тужбе, одлуку о покретању судског поступка доносе управо појединачни чланови друштва, те су ток и вођење поступка, у односу на значајан круг питања, такође у рукама појединачних чланова друштва који су тужбу поднели. Када је реч о принципу већинског одлучивања, основна садржина принципа јесте да мањински чланови не могу доносити одлуке у име друштва. Наиме, мањински чланови су овлашћени да предузимају правне радње које ће деловати и на привредно друштво чији су чланови (које могу бити и покретање одређене врсте судског поступка),<sup>13</sup> али те правне радње су првенствено усмерене ка заштити положаја мањинских чланова и не представљају вид одлучивања или вид непосредне правне заштите интереса друштва. Међутим, имајући у виду да су услови за подношење деривативне тужбе дефинисани тако да управо мањински чланови могу донети одлуку о покретању судског поступка за рачун друштва, деривативна тужба такође представља и изузетак од принципа већинског одлучивања. Одлуку о подношењу деривативне тужбе могу донети и сви чланови друштва једногласно, или већина чланова, али је кључна карактеристика деривативне тужбе та да одлуку о подношењу тужбе могу донети чланови који представљају мањину у друштву (најчешће чланови који поседују законом прописани капитал цензус).

Када је реч о грађанском праву (материјалном и процесном) деривативна

---

<sup>10</sup> Више о принципу расподеле компанијске моћи вид. Мирко Васиљевић, *Компанијско право – право привредних друштава*, Правни факултет Универзитета у Београду 2013<sup>8</sup>, 347.

<sup>11</sup> Више о принципу већинског одлучивања вид. *Ibid.*, 324.

<sup>12</sup> Вид. Alan R. Bromberg, „Enforcement of Partnership Rights – Who Sues for the Partnership?“, *Nebraska Law Review* Vol. 70, No. 1 1991, 10-11; Arad Reisberg, „Theoretical Reflections on Derivative Actions in English Law: The Representative Problem“, *European Company and Financial Law Review* 1/2006, 74.

<sup>13</sup> О правима мањинских чланова друштва више вид. М. Васиљевић (2013а), 325-347.

тужба представља условни изузетак од начела диспозиције,<sup>14</sup> једног од темељних начела грађанског права. Сходно начелу диспозиције грађанског права, само титулар повређеног права може одлучити да ли ће предузети мере у циљу заштите повређеног права. Код деривативне тужбе, чланови друштва који представљају одвојене субјекте права у односу на привредно друштво, доносе одлуку о томе да судским путем заштите повређено право које припада друштву чији су они чланови. Дакле, реч је о заштити права које одлучује да активира треће лице, а не титулар права, што свакако има своје импликације на покретање и уређење тока судског поступка по таквој тужби. У српској теорији грађанског права ова појава се назива акторат тј. право бити тужилац,<sup>15</sup> што је различит појам од појма титулара материјалног права које се тужбом штити, јер лице које има право на акторат истовремено не мора бити и титулар материјалног права које се тужбом штити. У том погледу деривативна тужба представља један од ретких примера у српском праву када у парничном поступку на тужилачкој страни долази до раздвајања стварне и процесне легитимације.<sup>16</sup>

Управо због чињенице да деривативна тужба представља изузетак од општих правила компанијског и грађанског права, она је константно изложена једном питању (које директно задире у оправданост постојања овог института), а то је да ли члановима друштва треба дати право да у случају кршења дужности према друштву могу покренути поступак у своје име, а за рачун друштва, те ако је одговор потврдан под којим условима члановима друштва треба дати ово право.<sup>17</sup> Дакле, реч је о дилеми која у себи носи вредносни суд и која не само да говори о начину структурирања садржине права, већ најпре говори о потреби постојања права као таквог. Наведена питања су део једне шире и веома значајне дискусије, а то је

---

<sup>14</sup> О начелу диспозиције вид. Владимир В. Водинелић, *Грађанско право – Увод у грађанско право и општи део грађанског права*, Правни факултет Универзитета Унион у Београду 2014<sup>2</sup>, 42; Андрија Гамс, *Увод у грађанско право, општи део*, Научна књига, Београд 1978, 39. Више о појму и садржини начела диспозиције и осталих начела грађанског права биће речи у глави VIII.

<sup>15</sup> А. Гамс, 279.

<sup>16</sup> О раздвајању стварне и процесне легитимације у парничном поступку вид. Боривоје Познић, Весна Ракић Водинелић, *Грађанско процесно право*, Правни факултет Универзитета Унион и Службени гласник, Београд 2015<sup>17</sup>, 203-205. Више о појму раздвајања стварне и процесне легитимације у парничном поступку по деривативној тужби биће речи у глави VIII и другом делу рада у оквиру процесно правне анализе деривативне тужбе.

<sup>17</sup> Ова дилема има универзалан карактер и није својствена само српском или европским правима, већ и англосаксонском праву, у коме је деривативна тужба и настала. Вид. А. Reisberg (2006), 70.

оправданост (легитимитет) акционарских тужби<sup>18</sup> и шта је основна или примарна сврха постојања и функционисања привредног друштва.<sup>19</sup>

Када је реч о практичној примени деривативне тужбе, у нашој стручној јавности често се наилази на закључак да се деривативна тужба веома ретко користи, иако не постоје званична истраживања која би могла да потврде ову хипотезу. Да је можда реч о непровереном закључку говори образложење предлога Закона о привредним друштвима из 2011. године у којем је наведено „Када је реч о деривативној тужби, основна замерка садашњег Закона је била у томе што је дата могућност баш свакоме да подноси тужбу, што је доводило до разних злоупотреба у пракси. Наиме, пракса је показала да тужбу подноси ко стигне из разних разлога“.<sup>20</sup> Међутим, међу практичарима који се баве пословним правом заиста су ретки они коју су имали додир са деривативом тужбом. У јавно доступној судској пракси постоји свега неколико случајева примене деривативне тужбе. Уколико се ипак у крајњем исходу можемо сложити да се деривативна тужба ретко примењује у пракси, а опште је познато да су разне злоупотребе константа нашег привредног окружења, као нужно се поставља питање због чега је стање праксе такво, односно због чега се деривативна тужба не примењује. У литератури, страном и домаћој, углавном се указује да је деривативна тужба веома компликована за примену, у смислу да чланови друштва морају да испуне одређене услове како би стекли право да поднесу тужбу, додатно чланови друштва сnose све трошкове поступка, а било која добит која може бити резултат поступка припада друштву, а не члановима друштва.<sup>21</sup> Имајући у виду наведено закључује се да је тешко пронаћи адекватан подстицај<sup>22</sup> да чланови друштва поднесу деривативну тужбу, а да при томе тужба заиста служи сврси због које постоји.<sup>23</sup> На овом месту потребно је

---

<sup>18</sup> О проблему оправданости акционарских тужби, а самим тим и деривативне тужбе биће речи у оквиру главе XIV.

<sup>19</sup> A. Scarlett (2013), 840.

<sup>20</sup> Образложење предлога ЗПД, доступно на адреси: <http://www.parlament.gov.rs/народна-скупштина.115.html>, 12.11.2016, 222.

<sup>21</sup> Вид. Мирко Васиљевић, *Корпоративно управљање – изабране теме*, Удружење правника у привреди Републике Србије, Београд 2013, 238.

<sup>22</sup> О проблему адекватности мотива члана друштва који подноси деривативну тужбу вид. A. Reisberg (2007), 85.

<sup>23</sup> У америчком праву, у коме се деривативна тужба највише примењује, такође постоје процедуралне препреке за подношење тужбе и спорења о оправданости (легитимитету) тужбе у контексту могућих

истаћи да је, пре свега, реч о стереотипима који се везују за деривативну тужбу и који се без критичког преиспитивања, преузимају од аутора до аутора (у иностраној и домаћој литератури), што говори о томе да деривативна тужба заправо није била предмет детаљније анализе наше правне теорије.

Међутим, иако није спорно да деривативну тужбу прате бројни проблеми и недостатак примене у већини права, осим америчког, потребно је указати да је овај институт компанијског права задржан у скоро свим правима,<sup>24</sup> што вероватно не би био случај да је реч о у суштини не толико корисном правном институту, како се деривативна тужба у већини случајева оцењује, а што у крајњем исходу указује да законодавци верују у значај деривативне тужбе који ће се у једном тренутку испољити. Истовремено, не само да је деривативна тужба задржана у готово свим правима, иако се можда не примењује, недавна истраживања су показала да деривативну тужбу уводи све већи број права.<sup>25</sup>

У домаћој литератури се може наћи мањи број радова који анализирају деривативну тужбу и њихова садржина је углавном усмерена на представљање института без функционалне и критичке анализе.<sup>26</sup> Имајући у виду наведено потребно је поменути да се овом темом, у домаћој литератури, најсвеобухватније бавио Владимир Савковић, ванредни професор Правног факултета у Подгорици, у магистарској тези под називом „Деривативне акционарске тужбе“, коју је одбранио 2004. године на Правном факултету Универзитета у Београду. У иностраној литератури може се наћи већи број радова који за тему имају деривативну тужбу, али у којима

---

злоупотреба. Вид. Daniel R. Fischel, „The Demand and Standing Requirements in Stockholder Derivative Actions“, *The University of Chicago Law Review* Vol. 44, No. 1 1976, 168.

<sup>24</sup> Од значајнијих европских права, само холандско право не дозвољава деривативну тужбу. Вид. J. van Bekkum, J.B.S. Hijink, M.C. Schouten & J.W. Winter, *Corporate Governance in the Netherlands*, *Electronic Journal of Comparative Law*, Vol. 14.3, 2010, доступно на адреси: <https://www.ejcl.org/143/art143-17.pdf>, 03.03.2018, 8.

<sup>25</sup> Mathias M. Siems, *Private Enforcement of Directors' Duties: Derivative Actions as a Global Phenomenon*, Stefan Wrzka, Steven Van Uytsel, Mathias Siems (eds.), *Collective Actions: Enhancing Access to Justice and Reconciling Multilayer Interests?*, Cambridge University Press 2012, доступно на адреси: <http://ssrn.com/abstract=1699353>, 03.08.2017, 19, 23.

<sup>26</sup> Према доступној литератури, деривативна тужба је била предмет интересовања правне теорије још док је Закон о предузећима из 1996. године био у фази предлога (1995. године), а након тога више од деценије аутори се нису бавили деривативном тужбом. Вид. Драган Голубовић, „Деривативна тужба – инструмент заштите мањинских интереса“, *Правни живот* 11/1995, 55-73; Драгиша Слијепчевић, „Индивидуалне и деривативне акционарске тужбе“, у: Мирко Васиљевић, Вук Радовић (ур.), *Корпоративно управљање – зборник радова (други део)*, Правни факултет Универзитета у Београду 2009, 373-382.

се углавном понавља одређени круг тема.

Отуда дисертација има два примарна циља. Први је да представи свеобухватну анализу деривативне тужбе, која је изостала током више од две деценије постојања ове тужбе у српском праву (уз изузетак магистарског рада проф. Савковића). Таква анализа нужно мора да обухвати анализу са становишта компанијског права и становишта грађанско процесног права. Анализа деривативне тужбе са становишта компанијског права је веома сложена, јер деривативна тужба у компанијском праву има вишеструку улогу, а посебна пажња ће бити посвећена односу деривативне тужбе и општих принципа и института компанијског права, а затим и анализи деривативне тужбе као потенцијалног механизма корпоративног управљања. Потребно је нагласити да у српској литератури компанијског права деривативна тужба није била предмет детаљније анализе у контексту система корпоративног управљања<sup>27</sup> и улоге коју може имати у решавању сукоба интереса унутар привредног друштва – сукоб између чланова друштва и управе (први агенцијски проблем),<sup>28</sup> сукоб између мањинских и већинских чланова (други агенцијски проблем),<sup>29</sup> сукоб интереса друштва и других конститутивних интереса унутар друштва (трећи агенцијски проблем).<sup>30</sup> Када је реч о процесно правној анализи деривативне тужбе, деривативна тужба до сада уопште није била предмет анализе наше теорије грађанско процесног права, те ће дисертација представљати први теоријски рад које се бави основама процесно правне анализе деривативне тужбе. Други циљ дисертације је да након свеобухватне теоријске анализе (материјално правне и процесно правне) покуша да уочи разлоге због којих тужба није често коришћена у пракси, те да се након тога дају смернице за измену постојеће регулативе, у циљу подстицања већег степена примене деривативне тужбе у пракси и уочавања значаја њене улоге у привредном окружењу.

---

<sup>27</sup> Више о појму корпоративног управљања и агенцијским проблемима биће речи у глави IX.

<sup>28</sup> М. Васиљевић (2013б), 83, 85-91.

<sup>29</sup> *Ibid.*, 91-98.

<sup>30</sup> *Ibid.*, 98-117.

## 2. Полазне хипотезе

Хипотезе на којима се рад заснива међусобно су независне. Међутим, уколико се изложене хипотезе посматрају заједно требало би да дају потпуну слику појма и сврхе постојања деривативне тужбе, као и одговоре на важна питања која су од утицаја на практичну примену деривативне тужбе.

У том погледу, рад се заснива следећим хипотезама:

1. Неопходност постојања деривативне тужбе у компанијском праву проистиче из специфичности правног субјективитета привредног друштва, јер би без деривативне тужбе био омогућен већи степен кршења посебних дужности према привредном друштву.
2. Деривативна тужба има примену како код друштва капитала код којих је власништво дисперзовано (већи број чланова), тако и код друштава капитала код којих је власништво концентрисано (два или мањи број чланова). Требало би дозволити примену деривативне тужбе код друштава лица и код група привредних друштава.
3. Право на доношење одлуке о подношењу тужбе треба да имају чланови друштва као власници удела/акција у друштву, а не органи друштва или посебна тела формирана унутар друштва, без обзира на састав ових органа или тела.
4. Сврха деривативне тужбе је принудно остварење законом прописаних санкција због кршења посебних дужности према привредном друштву и правила о ограничењима плаћања.
5. Услови за подношење деривативне тужбе морају бити у закону јасно дефинисани, без остављања простора за додатна тумачења, који треба да имају правну природу процесних претпоставки о чијем постојању суд одлучује најкасније на припремном рочишту, посебним решењем. Такође, процесне одредбе тока поступка по деривативној тужби, а које

одступају од општих правила парничног поступка морају бити јасно законом дефинисане.

6. Улога суда у поступку по деривативној тужби у српском праву треба да остане одлучивање о испуњености процесних претпоставки за вођење поступка и одлучивање о основаности тужбеног захтева. Суд не треба да се бави питањем целисходности тужбеног захтева и да ли је тужбени захтев у интересу друштва.
7. Правила о трошковима поступка треба да буду уређена на начин да се члановима друштва који су тужбу поднели у доброј вери и у најбољем интересу друштва, обезбеди надокнада трошкова, без обзира на успех спора.
8. За потребе доношења одлуке о подношењу деривативне тужбе и вођење поступка по тужби, члановима друштва је потребно обезбедити адекватан механизам остваривања права на информисање и приступ документацији друштва.
9. Изостанак примене деривативне тужбе у српском праву је у првом реду последица информационе асиметрије између чланова друштва и управе/контролног члана, као и ограничености објективног домена примене, а тек у другом реду правила о условима за подношење тужбе и правила о трошковима поступка.
10. Деривативна тужба је неефикасан (посредан) механизам корпоративног управљања.
11. Деривативна тужба треба да буде регулисана посебним одредбама Закона о парничном поступку или посебним процесно правним одредбама у оквиру Закона о привредним друштвима.



### 3. Методологија истраживања

Рад ће се примарно заснивати на примени три методе научног истраживања, а то су позитивноправни метод, историјскоправни метод и упоредноправни метод. Поред наведена три метода, у раду ће бити примењени и аксиолошки метод, функционални метод, мултидисциплинарни и логички метод.

Примена позитивноправног метода подразумева првенствено анализу постојеће регулативе деривативне тужбе у Закону о привредним друштвима из 2011. године (у даљем тексту: ЗПД). Позитивноправни метод биће примаран јер досадашњи радови у српској теорији компанијског права, који су за предмет имали деривативну тужбу, углавном су се заснивали на разматрању упоредноправних решења, док је постојећа регулатива деривативне тужбе некако била у другом плану, те су радови углавном остајали без заокружене анализе постојећег уређења деривативне тужбе у српском праву. Отуда, анализа деривативне тужбе искључиво или примарно са аспекта упоредног права није довољна да би се у потпуности разумело постојање деривативне тужбе у српском праву. Како свако теоријско истраживање у крајњем исходу треба да служи пракси, позитивноправни метод треба да послужи и формулисању могућих решења спорних питања која могу настати у поступку примене деривативне тужбе у судској пракси. У оквиру позитивноправног метода, поред одредби ЗПД које се односе на деривативну тужбу, биће анализирани и релевантне одредбе процесних закона (Закон о парничном поступку,<sup>31</sup> Закон о извршењу и обезбеђењу,<sup>32</sup> Закон о стечају<sup>33</sup> и Закон о арбитражи<sup>34</sup>).

Имајући у виду да је деривативна тужба правни трансплант и да изворно потиче из англосаксонског права, примена упоредноправног метода је неизоставна. Акцент у истраживању ће бити на америчком и енглеском уређењу деривативне тужбе. Такође биће речи о уређењу овог института у правима појединих европских држава. Упоредноправни метод ће у великој мери допринети свеобухватности

---

<sup>31</sup> Закон о парничном поступку – ЗПП, *Службени гласник*, бр. 72/2011, 49/2013 – одлука УС, 74/2013 – одлука УС, 55/2014 и 87/2018.

<sup>32</sup> Закон о извршењу и обезбеђењу – ЗИО, *Службени гласник*, бр. 106/2015, 106/2016 – аутентично тумачење и 113/2017 – аутентично тумачење.

<sup>33</sup> Закон о стечају – ЗС, *Службени гласник*, бр. 104/2009, 99/2011 – др. закон, 71/2012 – одлука УС, 83/2014, 113/2017, 44/2018 и 95/2018.

<sup>34</sup> Закон о арбитражи – ЗА, *Службени гласник*, бр. 46/2006.

анализе деривативне тужбе, јер у упоредном праву постоје одређена обележја поступка по деривативној тужби која не постоје у српском праву (посебно када је реч о претходном захтеву и улози суда у поступку по деривативној тужби), отуда примена упоредноправног метода може допринети формулисању предлога за измене постојеће регулативе деривативне тужбе у српском праву.

Историјскоправни метод биће коришћен у циљу приказивања развојног пута деривативне тужбе и начина на који се тужба прилагођавала новонасталим друштвеним околностима, јер деривативна тужба није нов правни институт. Посебно, историјскоправни метод треба да разјасни концепт представничке парнице којем припада и деривативна тужба и да тиме допринесе бољем разумевању постојања и сврхе овог института.

Помоћу аксиолошког метода биће испитана постојећа регулатива деривативне тужбе и дата оцена да ли постојеће уређење деривативне тужбе одговора друштвеним приликама.

Помоћу функционалног метода биће испитано коју функцију деривативна тужба има у компанијском праву, да ли је то само отклањање последица скривљеног понашања или има и превентивну функцију, односно да ли деривативна тужба може бити окарактерисана као механизам корпоративног управљања.

Помоћу мултидисциплинарног метода деривативна тужба биће испитана не само као правни, већ као друштвени феномен, те у том смислу биће испитан и утицај који има на понашање у привредном окружењу. Деривативна тужба као друштвени феномен може допринети побољшању функционисања привредног окружења, али уколико се злоупотреби може произвести и негативне ефекте (најчешће у виду одвраћања способних појединаца да прихвате обављање функције директора привредног друштва).

На крају, логички метод биће коришћен ради провере тачности постављених хипотеза на којима се рад заснива. Приликом анализе биће коришћене индуктивне и дедуктивне методе, прве ради проналажења општих закључака из резултата истраживања, а друга ради примене неких општих правних правила и општих законских решења у односу на деривативну тужбу.

#### 4. Термиолошка опредељења (домен примене анализе)

Имајући у виду да српско компанијско право уређује четири правне форме привредних друштва,<sup>35</sup> на самом почетку излагања потребно је напоменути да ће у раду термини „члан привредног друштва“ и „привредно друштво“ бити коришћени само у контексту друштава капитала (друштво са ограниченом одговорношћу и акционарско друштво), али не и друштава лица (ортачко друштво и командитно друштво). У том смислу предстојећа анализа односиће се првенствено на друштва капитала. Са друге стране, примена деривативне тужбе код друштава лица биће анализирана само на једном месту у раду, у оквиру субјективног домена примене деривативне тужбе у глави X, првог дела рада. Поред наведеног, додатно одступање од дефинисаног домена анализе постојаће у глави XIV, првог дела рада, у оквиру које постоји наслов „Појам, оправданост акционарских тужби и улога у компанијском праву“, у ком случају ће се анализа односити само на акционарска друштва. Под појмом „акционарске тужбе“ (енгл. *shareholder's claim*) у упоредном праву првенствено се подразумевају тужбе које подносе акционари ради оспоравања одлука или утицања на процес доношења одлука акционарског друштва чији су чланови, али овај појам некада обухвата и тужбе које подносе чланови других форми друштава капитала. Одређени закључци који буду изнети у оквиру анализе појма акционарских тужби у овом раду могу се применити и на друштва са ограниченом одговорношћу. Међутим, имајући у виду да резултати анализе имају већи степен примене код акционарских друштава, у овом делу рада употребљен је термин „акционарске тужбе“ који се односи само на тужбе које подносе чланови акционарских друштава.<sup>36</sup>

---

<sup>35</sup> ЗПД, чл. 8.

<sup>36</sup> Потребно је указати да у анализу није укључена могућност подношења деривативне тужбе у посебним организацијама, као што су на пример банке или друштва за осигурање. У овом случају као посебно питање се поставља да ли и под којим условима чланови друштва или клијенти ових организација могу да поднесу деривативну тужбу. Вид. В. Савковић, *Деривативне акционарске тужбе*, магистарски рад, Правни факултет Универзитета у Београду 2004, 64; Theodore Allegaert, „Derivative Actions by Policyholders on Behalf of Mutual Insurance Companies“, *The University of Chicago Law Review* Vol. 63, Iss. 3 1996, 1063-1097.

## 5. Оквирна дефиниција деривативне тужбе

Полазећи од чињенице да постоје различита уређења деривативне тужбе, потпуну и прецизну дефиницију деривативне тужбе могуће је дати само за свако право појединачно (или групу права која имају слично уређење деривативне тужбе), што доводи до закључка да дефиниција деривативне тужбе примарно треба да се заснива на садржини законодавног оквира деривативне тужбе. Имајући у виду да ће у овом раду законодавни оквир деривативне тужбе у српском праву бити изложен у глави IV првог дела рада, те да ће пре тога бити речи о веома значајним теоријским питањима деривативне тужбе, на овом месту неопходно је дати оквирну дефиницију деривативне тужбе, која ће имати ограничен домен примене (за потребе излагања у прве три главе овог рада).

Деривативну тужбу је могуће дефинисати на неколико начина. Прво, могуће је дати општу дефиницију деривативне тужбе, која ће садржати само кључна обележја тужбе која постоје у већини права, на пример, да је реч о тужби коју подносе чланови друштва у своје име, а за рачун привредног друштва. Са друге стране, могуће је дати посебну дефиницију деривативне тужбе, која ће у себи укључивати специфичности уређења деривативне тужбе у одређеном праву, на пример, да је реч о тужби коју подносе чланови друштва који поседују одређено учешће у основном капиталу друштва, против директора друштва због повреде посебних дужности према друштву. Затим, могуће је дати позитивну и негативну дефиницију деривативне тужбе. Позитивна дефиниција деривативне тужбе се заснива на одређењу деривативне тужбе као права члана друштва које настаје када се испуне законом прописани услови (на пример, захтевани капитал цензус, претходно обраћање друштву, одобрење суда за наставак поступка по тужби). Негативна дефиниција деривативне тужбе се заснива на чињеници да је у питању тужба коју чланови друштва или евентуално друга лица могу поднети само уколико друштво не поднесе тужбу<sup>37</sup> у своје име и за свој рачун, по правилу након што су чланови друштва поднели захтев друштву за подношење директне тужбе по истом основу. Негативна дефиниција деривативне тужбе наглашава њен супсидијарни карактер.

Имајући у виду оквирну поделу дефиниција деривативне тужбе, на овом

---

<sup>37</sup> М. Васиљевић (2013б), 237.

месту биће дата такође оквирна, по својој природи општа и позитивна дефиниција деривативне тужбе – *Деривативна тужба је тужба коју чланови подносе у своје име, а за рачун друштва, против лица која имају одређене дужности<sup>38</sup> према друштву, ради остваривања имовинско правног захтева друштва, насталог због кршења дужности од стране тужених.*

Посебна дефиниција деривативне тужбе у овом раду биће дата након излагања законодавног оквира деривативне тужбе у српском праву.

---

<sup>38</sup> У овом случају појам дужности је шири од појма посебних дужности из ЗПД, јер обухвата све обавезе које тужени има према друштву, а не само посебне дужности, које чине део корпуса обавеза појединих чланова друштва и органа управљања.

## ДЕО ПРВИ

### КОМПАНИЈСКО ПРАВНА АНАЛИЗА

#### ГЛАВА I

#### ДЕРИВАТИВНА ТУЖБА – ЈЕДАН ПРИМЕР ИЗ ПРАКСЕ

У овом поглављу биће изложен један од (ретких) примера парничног поступка који се водио по деривативној тужби.

##### 1. Чињенице случаја

Дана 24.09.2010. године Б, као једини власник привредног друштва Ц, закључио је уговор са А којим је на њега пренео 55% удела у овом друштву. Четири дана касније уговор је оверен у суду, а истог дана А је уписан у књигу удела као власник 55% удела. Додатно, истог дана А и Б донели су одлуку о измени и допуни одлуке о оснивању друштва којом је констатовано да друштво има два члана (Б са 45% удела и А са 55% удела) и да све послове који спадају у делокруг скупштине врше чланови друштва. Одлуком је такође било прописано да чланови друштва консензусом одлучују о свим кључним питањима, а уколико консензус не буде постигнут одлучује члан друштва са већинским уделом у капиталу друштва.

Након закључења уговора о продаји удела није дошло до промене чланова код Агенције за привредне регистре, већ је на скупштини одржаној дана 30.03.2011. године (скоро осам месеци по закључењу уговора) друштво донело одлуку да се до 01.06.2011. године изврши промена чланова друштва, односно да Б буде уписан као власник 45% удела у друштву, а А као власник 55% удела. Такође, истом одлуком је одређено да се до 01.06.2011. године изврши брисање Б као директора друштва и да се у том својству именује и региструје А.

Међутим, пре реализације одлуке скупштине друштва од 30.03.2011. године, дана 19.05.2011. године Б као једини власник друштва Ц уписан код Агенције за привредне регистре, са трећим лицем Д закључио је уговор о преносу 100% удела у привредном друштву Ц, иако је претходно 55% удела у друштву већ пренео на А. На основу уговора о продаји удела закљученог између Б и Д, Д се код Агенције за

привредне регистре дана 20.05.2011. године уписао као једини власник и директор привредног друштва Ц. Истог дана када је закључен уговор о преносу удела између Б и Д, Б је као још увек регистровани директор друштва разрочио средства друштва са рачуна код пословне банке и то само један дан пре истека рока, због чега је друштво Ц изгубило очекивани приход на име камате. Након тога Б је део разроченог новца друштва пребацио на рачун трећег лица, наплатом менице, при чему роба која је наведена као сврха плаћања по меници, никада није испоручена друштву, нити је за ту робу постојао било који документ у пословним књигама друштва.

Одмах након сазнања за продају 100% удела у друштву и регистрацију промене власника и директора друштва, А је против Б и Д поднео тужбу којом је захтевао да суд утврди ништавост уговора о преносу удела закљученог између Б и Д. Суд је дана 26.12.2012. године донео пресуду којом се усваја тужбени захтев и утврђује да је ништав уговор о преносу удела закључен између Б и Д, а која је постала правоснажна дана 28.02.2013. године.

Након тога, Агенција за привредне регистре је дана 29.03.2013. године поништила решење којим је дозвољен упис Д као јединог члана и директора друштва Ц и донела решење којим је успостављено претходно стање у регистру, а у складу са којим је Б уписан као једини члан и директор друштва. Такође, истог дана Агенција за привредне регистре је донела решење којим је извршена промена чланова друштва, те је А регистрован као власник 55% удела, а Б као власник 45% удела у друштву Ц.

Коначно, дана 03.04.2013. године извршена је промена директора друштва, те је у том својству уместо Б уписан А.

## **2. Кратка анализа тока и исхода судског поступка**

Полазећи од изложеног чињеничног стања А је у складу са чл. 41 тада важећег Закона о привредним друштвима из 2004. године поднео деривативну тужбу против Б којом је тражио да суд обавезе туженог да друштву надокнади штету у виду губитка камате и неосновано трансферисаног новца са рачуна друштва. У одговору на тужбу тужени је навео да тужилац у тренутку подношења тужбе није био члан друштва, већ да је то био Д, који је иначе и регистрован као

једини члан и директор друштва и да самим тим тужилац нема правни интерес за подношење деривативне тужбе. Тужени је указао да је тужилац пре овог поступка покренуо парнични поступак против њега и Д ради утврђења ништавости уговора о преносу 100% удела у друштву, али да у том поступку још увек није донета одлука.

Дана 22.12.2011. године суд је донео решење којим се деривативна тужба одбацује због недостатка правног интереса тужиоца.<sup>39</sup> У образложењу решења суд је навео да је увидом у извод интернет странице Агенције за привредне регистре утврдио да је једини члан друштва Д, а не тужилац. Такође суд је констатовао да је увидом у списе другог предмета који се води пред истим судом утврдио да је А против туженог и Д поднео тужбу ради утврђења ништавости уговора о преносу 100% удела у друштву, али да тај поступак није правоснажно окончан и да самим тим није релевантан за одлучивање у овој правној ствари. Имајући у виду одредбе тада важећег Закона о привредним друштвима суд је закључио да тужилац не испуњава услове за подношење деривативне тужбе, јер у тренутку подношења тужбе код Агенције за привредне регистре није био уписан као члан привредног друштва. Имајући у виду све наведено суд је закључио да тужилац није имао правни интерес за подношење тужбе, по ком основу је деривативну тужбу одбацио.

Тужилац је против решења суда којим се одбацује деривативна тужба изјавио жалбу, која је усвојена од стране Привредног апелационог суда, те је предмет враћен првостепеном суду на поновни поступак.

У поновном поступку, поред аргументације коју је претходно истицао, тужени је истакао и приговор стварне и месне ненадлежности суда, као и приговор недостатка пасивне легитимације, јер према његовим наводима у тренутку спорних догађаја није имао својство лица са посебним дужностима према друштву, с обзиром на чињеницу да је одлуком друштва од 30.03.2011. године за директора друштва именован тужилац, иако та одлука није била регистрована у тренутку предузимања спорних радњи. Са друге стране, тужилац је предложио прекид поступка по деривативној тужби до окончања парничног поступка за утврђење ништавости уговора о преносу удела закљученог између туженог и Д. У даљем току поступка суд је усвојио предлог тужиоца и донео решење којим се одређује прекид поступка. По окончању поступка за утврђење ништавости уговора о продаји удела (у корист тужиоца) суд је наставио поступак по деривативној тужби, а затим донео

---

<sup>39</sup> Решење Привредног суда у Београду П – 7272/11 од 22.12.2012. године.



пресуду којом се одбија приговор стварне и месне ненадлежности суда, али и којом се деривативна тужба одбија као неоснована.<sup>40</sup> У образложењу пресуде суд је истакао следеће. Када је реч о томе да ли тужилац има активну легитимацију за подношење деривативне тужбе, односно како суд наводи „правни интерес за подношење тужбе“, суд је овога пута утврдио да је тужилац имао право на подношење деривативне тужбе. Наиме, суд је утврдио да је А имао својство члана привредног друштва у тренутку подношења деривативне тужбе са 55% удела, јер је пресудом утврђена ништавост уговора о преносу удела закљученог између Б и Д, а претходно је тужилац на основу уговора о преносу удела од 24.09.2010. године стекао 55% удела у друштву, што је уписано у књигу удела 28.09.2010. године. Када је реч о приговору недостатака пасивне легитимације на страни туженог, суд је утврдио да је исти основан јер тужени није био директор друштва у тренутку спорних догађаја. Наиме, према оцени суда тужени је са функције директора друштва разрешен на седници скупштине која је одржана дана 30.03.2011. године, на којој је тужилац постао директор друштва, а која чињеница је сходно одлуци скупштине требала бити регистрована до 01.06.2011. године. Како се штетни догађај догодио након што је тужени био разрешен са функције (одлуком скупштине), он у том тренутку није имао својство лица са посебним дужностима према друштву. На крају, суд је констатовао да је увидом у сајт Агенције за привредне регистре утврдио да је одлука скупштине од 30.03.2011. године спроведена, те да је тужилац регистрован у својству директора друштва, као и да је уписан његов удео од 55% (у овом случају суд је пропустио да утврди да је до промене регистрованог стања дошло на основу пресуде суда којом се утврђује ништавост уговора о преносу 100% удела на Д, а не на основу одлуке друштва).

Тужилац је против пресуде изјавио жалбу која је усвојена од стране Привредног апелационог суда, те је предмет по други пут враћен првостепеном суду на поновни поступак.

У другом поновном поступку странке су истицале исту аргументацију, као и у претходном току поступка, на основу које је суд дана 16.04.2014. године донео пресуду<sup>41</sup> којом се усваја тужбени захтев и тужени обавезује да друштву надокнади захтевану штету. Када је реч о активної легитимацији тужиоца, суд је поновио

---

<sup>40</sup> Пресуда Привредног суда у Београду П – 3574/13 од 13.05.2013. године.

<sup>41</sup> Пресуда Привредног суда у Београду П – 1524/14 од 16.04.2014. године.

наводе које је претходно већ истакао, те се позвао на пресуду којом је утврђена ништавост уговора о преносу удела закљученог између туженог и Д, у чијем образложењу је констатовано да је тужилац власник 55% удела у друштву. Затим, суд је навео да из приложених доказа јасно произилази да је промена власника уписана у књизи удела. Када је реч о приговору пасивне легитимације, суд је овога пута донео другачију одлуку и оценио да је приговор неоснован, јер је тужени на дан 19.05.2011. године, када је извршио радње на штету друштва, имао статус лица са посебним дужностима према привредном друштву. До наведеног закључка суд је дошао на основу чињенице да је тужени дана 19.05.2011. године био регистрован као директор друштва, као и у наредном периоду све до 03.04.2013. године када је у том својству регистрован тужилац. У наставку образложења пресуде суд је указао на разлоге због којих је нашао да је тужбени захтев основан, односно да је тужени повредио посебне дужности које је као директор имао према друштву. У овом делу задатак суда није био тежак, с обзиром на то да тужени током поступка није истакао ниједан аргумент којим би оправдао своје поступање које се односи на разорочавање средстава друштва и пренос новчаних средстава трећем лицу. Суд је навео да је тужбени захтев основан, јер је тужени поступао супротно одлуци чланова друштва и чл. 32 Закона о привредним друштвима, односно да: „Одлуком о измени и допуни одлуке о оснивању привредног друштва предвиђено је да о пословима који по Закону о привредним друштвима спадају у делокруг скупштине одлучују чланови друштва консензусом, а уколико нема консензуса одлуку доноси члан друштва који има већински удео у друштву, што је овде тужилац. Како у конкретном случају одлуку о разорочавању средстава и исплати износа трећем лицу није донео тужилац као члан са већинским уделом, нити је постојала сагласност оба члана друштва, већ је исту донео тужени, тужени је на тај начин поступао супротно наведеној одлуци, као и чл. 31 Закона о привредним друштвима. Наиме, тужени је био дужан да поступа савесно и са пажњом доброг привредника, у разумном уверењу да делује у најбољем интересу привредног друштва. Како тужени није поступао на тај начин, исти је проузроковао штету привредном друштву, па је обавезан да је надокнади“.

На пресуду којом се усваја тужбени захтев тужени је изјавио жалбу, која је

одбијена пресудом Привредног апелационог суда од 18.03.2015. године,<sup>42</sup> чиме је овај поступак правоснажно окончан. Тужени је у жалби истакао нову чињеницу, односно да је против тужиоца поднео тужбу за раскид уговора о продаји удела. Такође, по први пут у поступку тужени је навео да је исплата трећем лицу извршена на основу уговора о зајму и јемству које је то лице имало закључено са друштвом, те је преносом средстава на рачун трећег лица измирена обавеза друштва, која би се у супротном пренела и на тужиоца као члана друштва. Другостепени суд није прихватио нове доказе са образложењем да тужени није доказао да их из оправданих разлога није могао доставити у претходном току поступка. Додатно, другостепени суд је у својој одлуци навео да је првостепени суд правилно утврдио да је тужилац активно легитимисан имајући у виду да је закључењем уговора о преносу удела и уписом у књигу удела стекао својство члана друштва, те да је у том својству касније регистрован код Агенције за привредне регистре дана 29.03.2013. године. Према оцени другостепеног суда имајући у виду да је тужилац у моменту подношења тужбе, као и пресуђења, имао својство члана друштва, без утицаја су наводи туженог да се тренутно води поступак по тужби туженог за раскид уговора о преносу удела закључен између тужиоца и туженог, који није правоснажно окончан. Другостепени суд се није бавио питањем пасивне легитимације, док је у односу на разлоге за основаност тужбеног захтева истакао да је тужени поступао супротно одлуци о изменама и допунама одлуке о оснивању друштва од 28.09.2011. године и записника са седнице скупштине од 30.03.2011. године, јер је одлуку о разорочавању средстава и исплату спорног износа донео сам тужени у својству члана и директора друштва, без сагласности тужиоца као већинског члана друштва.

Тужени је против другостепене пресуде изјавио ревизију, која је одбијена пресудом Врховног касационог суда од 12.05.2016. године, у којој је прихваћена аргументација другостепеног суда.<sup>43</sup>

### **3. Нека почетна запажања**

На основу изложеног примера деривативне тужбе у нашој судској пракси могу се навести нека почетна запажања о начину на који судови схватају деривативну тужбу, али и одредбе материјалног права које су значајне за поступак

<sup>42</sup> Пресуда Привредног апелационог суда Пж – 5708/14 од 18.3.2015. године.

<sup>43</sup> Пресуда Врховног касационог суда Прев – 218/15 од 15.05.2016. године.

по деривативној тужби.

На првом месту пример је показао да деривативна тужба, као институт компанијског права, има наглашену процесно правну природу, па у том смислу додатно изненађује чињеница да деривативна тужба до сада није била предмет анализе у теорији грађанско процесног права. Наиме, у овом случају суд је дужи временски период испитивао постојање активне и пасивне процесне легитимације странака у поступку и тек када су ова питања била разрешена, суд је био у могућности да одлучи о основаности тужбеног захтева, посматрано са аспекта повреде дужности која се туженом стављала на терет. Управо чињеница да је суд дуго испитивао постојање услова за подношење деривативне тужбе указује да је реч о специфичној врсти тужбе, која нужно захтева и другачија правила парничног поступка у односу на редовне тужбе. Такође, наглашена процесно правна природа деривативне тужбе се испољила и у виду понашања туженог, који је све до последње фазе поступка истицао само процесне приговоре и на тај начин покушао да се одбрани од тужбе, док није настојао да оправда своје понашање у контексту поступања у складу са посебним дужностима према друштву.

Затим, уочава се да је суд у овом поступку појам активне и пасивне процесне легитимације расправио у складу са традиционалним схватањем наших судова о последици (не) постојања активне и пасивне процесне легитимације у парничном поступку. Наиме, српски судови када утврде да не постоји активна процесна легитимација доносе решење којим се тужба одбацује, а када утврде да не постоји пасивна процесна легитимација доносе пресуду којом се тужбени захтев одбија. Дакле, у првом случају доносе процесно правну, а у другом случају мериторну одлуку, па се поставља питање да ли је овакво поступање судова исправно. Деривативна тужба је једна од ретких тужби код којих само законом дефинисана лица могу бити тужиоци или тужени у поступку. Уколико је као тужилац у деривативној тужби означено лице које не може имати то својство по закону, сасвим је оправдано да у том случају тужба буде одбачена. Међутим, уколико је као тужени у деривативној тужби означено лице које такође по изричитом слову закона не може имати то својство у поступку, спорно је да ли има основа да се у том случају доноси мериторна одлука. Отуда је у делу процесно правне анализе деривативне тужбе потребно размотрити да ли судови правилно поступају када на другачији начин преиспитују постојање активне и пасивне процесне легитимације у поступку по

деривативној тужби, а исход ове расправе би требало да има шири значај, јер би могао да се примени на све случајеве у којима закон изричито прописује која лица могу имати статус туженог у поступку.

Такође, уочава се да је суд у решењу којим је одбацио деривативну тужбу навео да се тужба одбацује јер тужилац нема правни интерес за подношење деривативне тужбе (имајући у виду да је суд погрешно утврдио да тужилац није био члан привредног друштва у тренутку подношења тужбе). У том погледу је потребно испитати да ли је суд у овом спору услове за подношење деривативне тужбе правилно квалификовао у контексту поделе процесних претпоставки, јер је спорно да ли процесну легитимацију као процесну претпоставку треба поистоветити са правним интересом, или треба сматрати да су правни интерес и право на вођење спора две одвојене процесне претпоставке, чије постојање треба засебно утврђивати.

Затим, пример из судске праксе указује да се у поступку по деривативној тужби може појавити претходно питање које није од утицаја на поступак мериторног одлучивања, као што је то обично случај, већ на поступак утврђивања постојања процесних претпоставки за вођење поступка. Додатно, аргументација суда о значају чињеница које имају карактер претходног питања у контексту оцене постојања активне легитимације у поступку по деривативној тужби у конкретном случају није била у потпуности јасна, јер је суд био мишљења да је тужба за утврђење ништавости уговора о преносу удела релевантна за постојање активне легитимације тужиоца, док тужба за раскид уговора није, при чему није образложио свој став.

Затим, другостепени суд је констатацијом да је „тужилац имао статус члана друштва у тренутку подношења тужбе и пресуђења“ отворио питање на који начин би суд пресудио да је тужилац, на пример, имао статус члана друштва у тренутку подношења тужбе, али није имао то својство у тренутку пресуђења, што представља једно од најспорнијих питања у поступку по деривативној тужби.

Када је реч о компанијско правном аспекту, на основу изложеног примера најпре се уочава да велики значај за поступак по деривативној тужби имају одредбе закона о дејству регистрације и тренутку стицања одређеног својства у друштву. Наиме, у овом случају постојала је ситуација која веома често може настати у пракси, а то је да у тренутку подношења тужбе не постоји сагласност између података који су уписани код Агенције за привредне регистре и података који

постоје у документима друштва, те је била спорна како активна, тако и пасивна легитимација странака. У односу на оба питања првостепени суд се суочио са озбиљним тешкоћама.

У односу на активну легитимацију суд је прво био мишљења да тужилац није активно легитимисан за подношење деривативне тужбе, јер у тренутку подношења тужбе није био уписан као члан друштва код Агенције за привредне регистре, иако је у том својству био уписан у књизи удела.<sup>44</sup> У поновљеном поступку првостепени суд је утврдио да тужилац има активну легитимацију за подношење тужбе, али се позивао на неколико чињеница, првенствено пресуду којом се утврђује ништавост уговора о преносу удела на основу којег је извршен упис лица које је имало статус члана друштва у тренутку подношења тужбе, а тек у другом реду и чињеницу да је тужилац у тренутку подношења тужбе био уписан у књизи удела. Тек другостепени суд је у пресуди којом се одбија жалба туженог навео да тужилац има активну легитимацију јер је као члан друштва уписан у књизи удела. Исти проблем првостепени суд је имао приликом утврђивања пасивне легитимације, те је у овом случају најпре уместо регистрованог стања ценио фактичко стање, при чему је упитно да ли је таква одлука била у складу са важећим законом. Имајући у виду наведено, за потребе утврђивања активне и пасивне легитимације код деривативне тужбе, веома је значајно одређење правне природе (дејстава) уписа у регистар привредних субјеката (деклараторно или конститутивно дејство), а са тиме у вези и разликовање на интерно и екстерно дејство одлука друштва, што су веома сложена питања, с обзиром на то да нису у целости регулисана законом.

Поред наведеног, у овом случају пажњу привлачи чињеница да је деривативну тужбу поднео члан друштва који је имао 55% удела у друштву, па се поставља питање да ли је тужилац према тада важећем закону могао да поднесе директну тужбу у име и за рачун друштва, а не само деривативну тужбу. Према Закону о привредним друштвима из 2004. године, у надлежности скупштине друштва с ограниченом одговорношћу није било доношење одлуке о покретању судског поступка против директора друштва, а за разлику од тренутно важећег ЗПД који изричито прописује да скупштина друштва с ограниченом одговорношћу

---

<sup>44</sup> Потребно је напоменути да је Закон о привредним друштвима – ЗПД 2004, *Службени гласник РС*, бр. 125/2004 и 36/2011 – др. закон, у чл. 120 ст. 1 прописивао да је у односу на друштво члан друштва оно лице које је у том својству уписано у књигу удела, а у односу на трећа лица, оно лице које је као члан друштва регистровано.

доноси одлуку о покретању спора против директора.<sup>45</sup> Имајући у виду наведено изложени пример судске праксе указује да постоји и специфичан однос директне и деривативне тужбе, а не само однос индивидуалне и деривативне тужбе. У случају када би према тренутно важећем ЗПД члан друштва који има довољну већину за подношење директне тужбе, уместо те тужбе поднео деривативну отвара се спорно питање да ли би деривативна тужба била дозвољена, првенствено у контексту постојања правног интереса, а чиме се потврђује да се правни интерес и услови за подношење тужбе, барем када је реч о деривативној тужби не могу поистовећивати.

На крају, изложени пример судске праксе отвара још једно сложено питање, а то је процесно правни значај објективног домена примене деривативне тужбе. Наиме, деривативна тужба није општа тужба компанијског права, већ је деривативну тужбу могуће поднети само у одређеним случајевима који су прописани ЗПД. Имајући у виду наведено потребно је напоменути да у делу образложења пресуда, како првостепеног, тако и другостепеног суда, судови су иако на посредан начин, ипак изнели схватање да је тужени одговоран за накнаду штете према друштву јер је прекорачио овлашћења за заступање, с обзиром на чињеницу да радње које је предузео нису у надлежности директора друштва, већ чланова друштва, јер је одлуком чланова друштва предвиђено да све одлуке доносе чланови друштва консензусом, а у случају неслагања одлуку доноси већински члан друштва. Иако су се судови у одлукама позивали и на повреду дужности пажње, утисак читаоца одлука јесте да су судови били мишљења да је повреда дужности пажње у овом случају била последица прекорачења овлашћења за заступање, из ког разлога је остало нејасно да ли се усвајање тужбеног захтева заснива само на прекорачењу овлашћења за заступање или кумулацији овог основа и повреди дужности пажње. Материјално правни основ тужбеног захтева је остао неразјашњен чак и у пресуди Врховног касационог суда, с обзиром на то да је ревизијски суд у овом делу преузео аргументацију Привредног апелационог суда, која како је наведено није у потпуности јасна. Дилема која се јавља приликом разумевања правног основа за усвајање тужбеног захтева у конкретном случају има веома велики значај, јер је у овом случају предмет расправљања по деривативној тужби могла бити само повреда дужности пажње, али не и прекорачење овлашћења за заступање, имајући у виду да прекорачење овлашћења за заступање није спадало у објективни домен примене

---

<sup>45</sup> Вид. ЗПД 2004, чл. 137; ЗПД, чл. 200.

деривативне тужбе (што је случај и са тренутно важећим ЗПД). Отуда се поставља питање на који начин суд треба да поступи уколико тужилац у деривативној тужби износи чињенице или правни основ који не могу бити предмет расправљања у поступку по деривативној тужби, као што је на пример прекорачење овлашћења за заступање. До ове спорне ситуације може доћи на два начина. Прво, тужилац може поднети деривативну тужбу, при чему је неспорно да постоји активна и пасивна процесна легитимација странака у поступку, али тужилац тужбу заснива на радњама туженог које не спадају у објективни домен примене деривативне тужбе. Друго, тужилац деривативну тужбу заснива на радњама туженог које несумњиво спадају у домен примене деривативне тужбе, али и на радњама које су изван објективног домена примене деривативне тужбе. Дилема да ли у овим околностима суд треба да донесе процесно правну или мериторну одлуку је веома значајна за практичну примену деривативне тужбе, из ког разлога ће ова тема бити посебно анализирана у другом делу рада у оквиру процесно правне анализе деривативне тужбе.



## ГЛАВА II

### ТЕОРИЈСКА АНАЛИЗА ДЕРИВАТИВНЕ ТУЖБЕ

#### 1. Деривативна тужба као правни трансплант

Данас је опште познато да је деривативна тужба настала у англосаксонском праву, одакле је преузета у већину европских права<sup>46</sup> (при чему је вероватно да су након првог транспланта у Европи, европска права међусобно преузимала институт деривативне тужбе). Имајући у виду наведено деривативна тужба и у српском праву представља пример правног транспланта, који се дефинише као „преношење правила или система права из једне у другу земљу или једног народа у други“.<sup>47</sup>

Отуда теоријска анализа деривативне тужбе мора почети са излагањем о односу деривативне тужбе и општих учења о правним трансплантима, јер се помоћу учења о правним трансплантима може објаснити тренутно функционисање деривативне тужбе у српском праву.

Наиме, одређење деривативне тужбе као правног транспланта је од изузетног значаја за разумевање постојања и функционисања деривативне тужбе, јер преузимање страног правног правила требало би да је вођено одређеним мотивима. Тада законодавац препознаје вредност која постоји у страном правном институту, а самим тим и позитивну функцију коју тај правни институт може остваривати у новом окружењу. Уколико правни трансплант није последица свеобухватне анализе страног правила и функције коју може имати у новом окружењу, онда најблажа последица која може наступити јесте да правило не заживи у новом окружењу (у теорији названо „слепо копирање“).<sup>48</sup> Међутим, чини се да тежа последица која у овим околностима може настати јесте да се правило у тој мери одбаци од стране новог окружења да је у будућности тешко постићи прихватање правила и да се самим тим пропусти свака прилика за постизање позитивних ефеката које би страно

---

<sup>46</sup> У највећем броју европских права деривативна тужба је уведена у другој половини 20. века. Вид. Vladimir Savković, *From great expectations to an even greater failure – the case of Montenegrin regulatory framework on shareholder derivative suits as an incentive for rethinking the concept itself*, 2016, доступно на адреси: <http://oaji.net/articles/2017/5275-1516545743.pdf>, 02.06.2018, 9.

<sup>47</sup> Алан Вотсон, *Правни трансплантаци – приступ упоредном праву*, Правни факултет Универзитета у Београду 2010<sup>2</sup>, 53.

<sup>48</sup> Вид. Hideki Kanda, Curtis J. Milhaupt, „Re-Examining Legal Transplants: The Director's Fiduciary Duty in Japanese Corporate Law“, *The American Journal of Comparative Law* Vol. 51, No. 4 2003, 889.

правило могло да има. Деривативна тужба као правни трансплант може доживети овакву судбину у српском праву, уколико се ускоро овај институт не реформише у складу са потребама праксе.

Правни транспланти могу бити системски, када се преузимају целокупни прописи из другог права или појединачни када се преузимају само одређена решења.<sup>49</sup> Поред наведеног, уобичајеног разумевања правних транспланата, у теорији постоји и појам „интердоктринарни правни трансплант“.<sup>50</sup> Под појмом интердоктринарни правни трансплант подразумева се преузимање правних правила из једне области права у другу, а које настаје у оквиру истог националног права.<sup>51</sup> Један од ретких примера интердоктринарног правног транспланта су фидуцијарне дужности у компанијском праву. Наиме, постоје аутори који сматрају да посебне дужности према привредном друштву представљају посебну врсту (интердоктринарног) правног транспланта, јер су настале по угледу на исте дужности које у англосаксонском праву има траст.<sup>52</sup> Када је концепт фидуцијарних дужности пребачен у контекст компанијског права, који је несумњиво другачији у односу на природу и контекст правног односа између траста и принципала, започета је и расправа о успешности посебних дужности као интердоктринарног правног транспланта.<sup>53</sup> Поред наведеног, опште је познато да изван домена англосаксонског права, посебне дужности представљају и пример традиционалног појма правног транспланта, јер су се након формирања у англосаксонском праву путем правне трансплантације преносиле у европска права. Отуда, општа учења о правним трансплантима у компанијском праву имају већи значај него што је можда случај са другим областима приватног права. Поред афирмативних учења о правним трансплантима, која о правним трансплантима говоре као о свакодневnoj појави и најбољем законодавном методу, постоје и негативна учења која се заснивају на идеји да су правни транспланти немогући. Идеја о немогућности постојања правних транспланата се заснива на хипотези да одређено правно правило када се пренесе у

---

<sup>49</sup> *Ibid.*, 887.

<sup>50</sup> Edward Rock, Michael Wachter, „Dangerous Liaisons: Corporate Law, Trust Law, and Interdoctrinal Legal Transplants“, *Northwestern University Law Review* Vol. 96, No. 2 2002, 663.

<sup>51</sup> *Ibid.*

<sup>52</sup> *Ibid.*

<sup>53</sup> Аутори идеје о интердоктринарним правним трансплантима сматрају да је дужност лојалности успешнији правни трансплант у односу на дужност пажње, између осталог, јер се више примењује у пракси. *Ibid.*, 668.

друго друштвено окружење, чак и под претпоставком да је језички остало непромењено, у том новом окружењу добија друго значење, због чега никада није могуће пренети правно правило из једног правног система у други, јер ће друштвене околности у којима правило функционише бити другачије и самим тим дати друго значење истој правној норми.<sup>54</sup>

Преузимање правних института из упоредног права није страно српском законодавству. Уколико узмемо период од пре деценију или две, на први поглед стиче се утисак да је позитивно компанијско право грана права која се у великој мери темељи на правним трансплантима. Ова констатација, чак и без детаљног истраживања, може да се узме као тачна јер је концепт привреде у нашој држави у потпуности промењен (из државно контролисане у тржишну привреду), што је неминовно захтевало прихватање правних института који су деценијама развијани у земљама које се заснивају на тржишној привреди. Међутим, појава правних трансплантата није својствена само српском праву. Напротив, за правне транспланте се каже да представљају најзаступљенији начин развоја савременог приватног права. У том погледу, проф. Алан Вотсон је у својој књизи *Правни транспланти – приступ упоредном праву* цитирао Ц.Ф.Ц Милсома који је рекао да „друштва у великој мери смишљају своје уставе, политичке и управне системе, док са друге стране своје приватно право готово увек узимају од других“.<sup>55</sup>

Када је реч о деривативној тужби у српском праву, она представља појединачни правни трансплант у Закону о предузећима (1996), који је заједно са другим институтима требало да формира законодавни оквир за развој тржишно оријентисаног привредног окружења. Иако је неспорно да деривативна тужба у српском праву представља правни трансплант, није потпуно јасно по угледу на које право се деривативна тужба нашла у Закону о предузећима (1996), јер тај податак није наведен у образложењу предлога закона. Текст образложења предлога Закона о предузећима (1996) углавном упућује на законодавства држава тадашње Европске заједнице,<sup>56</sup> што ипак није довољно за закључак да је деривативна тужба у српско право уведена по угледу на права европских држава. Међутим, у образложењу

---

<sup>54</sup> Противници учења о правним трансплантима сматрају да преузимање страног права представља само преузимање скупа речи без конкретног значења. Вид. Pierre Legrand, „The Impossibility of Legal Transplants“, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* Vol. 4, No. 2 1997, 120.

<sup>55</sup> А. Вотсон, 36.

<sup>56</sup> Предлог Закона о предузећима са образложењем, доступно у Архиву Југославије, 160.

предлога Закона о предузећима (1996), не само да није наведено по угледу на које право је деривативна тужба доспела у српско право, већ деривативна тужба није чак ни посебно поменута, па самим тим ни разлози и циљеви који су требали да се остваре деривативном тужбом. У том погледу увођење деривативне тужбе у српско право требало је да дели заједничке циљеве Закона о предузећима (1996), или барем неке од њих. На самом почетку образложења предлога Закона о предузећима (1996) је наведено да се новим законом, између осталог тежи: *управљању предузећем од стране власника, односно представника власника сразмерно проценту власништва у трајном капиталу и наглашеној одговорности органа предузећа за управљање предузећем*,<sup>57</sup> те би се могло рећи да је деривативна тужба у српском праву требала да служи остварењу барем ова два циља новог закона.

Међутим, након нешто више од две деценије постојања деривативне тужбе у српском праву може се поставити питање да ли је деривативна тужба послужила остварењу циљева због којих је уведена, односно да ли деривативна тужба има своје место у српском праву. При давању одговора на постављено питање од великог значаја су општа учења о правним трансплантима, а посебно учења о појму успешног правног транспланта. Отуда право питање на које је потребно дати одговор јесте да ли је деривативна тужба у српском праву успешан правни трансплант. Концепт успешности правног транспланта је једна од тачака спорења у општој теорији о правним трансплантима.<sup>58</sup> У том погледу, обично се наводи да је тешко дефинисати појам успешног правног транспланта и критеријуме успешности. Имајући у виду наведено, оцена успешности правних транспланата може се заснивати на два мерила. Прво мерило јесте да ли се правни трансплант примењује у новом окружењу или је игнорисан од стране праксе, што је могуће емпиријски утврдити. Друго мерило јесте да ли правни трансплант функционише на исти начин као у праву из којег је преузет и да ли су постигнути циљеви који су били жељени приликом преузимања правног правила, што је прилично тешко егзактно утврдити. Имајући у виду наведено оцена успешности правног транспланта се најчешће доноси на основу степена примене преузетог правног правила.<sup>59</sup>

Већ је било речи о томе да је опште мишљење да се деривативна тужба не

---

<sup>57</sup> Предлог Закона о предузећима са образложењем, 161-162.

<sup>58</sup> Н. Kanda, С. Milhaupt, 890.

<sup>59</sup> Вид. *Ibid.*, 891.

примењује у српском праву, јер је познато свега неколико случајева примене деривативне тужбе. Отуда, када се узме у обзир најчешће коришћен критеријум успешности правног транспланта – степен примене, на први поглед чини се 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 транспланта. Међутим, потребно је указати да није неуобичајено да се правни транспланти дуго времена не примењују у новом окружењу. На пример, у Јапану дужност лојалности се није примењивала у пракси скоро четири деценије од увођења овог правила, које је директно преузето из Сједињених Америчких Држава.<sup>60</sup> Дужност лојалности у Јапану је почела да се примењује тек када су се стекли одређени предуслови у погледу друштвеног уређења, под чиме су се подразумевале и одредбе закона које су требале да омогуће ефикаснију примену дужности лојалности.<sup>61</sup> Један од разлога који се наводи као потенцијални узрок због којег дужност лојалности у Јапану није примењивана је тај што дуго времена није постојала деривативна тужба која је директно усмерена на санкционисање дужности лојалности.<sup>62</sup> Управо јапанско искуство може дати смернице за утврђивање разлога због којих деривативна тужба није присутна у нашој судској пракси. Један од разлога је свакако друштвено економско уређење. Када је деривативна тужба уведена у српско право већина привредних друштава је била у статусу друштвених предузећа, која су тек неколико година касније ушла у поступак приватизације. У таквом друштвено економском уређењу нису постојали приватни власници капитала – инвеститори, већ су власници друштава капитал стекли у поступку својинске трансформације, те нису били ни свесни статуса у друштву. Овакво стање ствари се променило тек нешто више од деценије након увођења деривативне тужбе у српско право. Други разлог због којег деривативна тужба није коришћена у пракси је вероватно тај што Закон о предузећима (1996) није увео концепт посебних дужности према привредном друштву, већ је то учињено тек Законом о привредним друштвима из 2004. године, те је било нејасно у којим околностима деривативна тужба може бити поднета. Наиме, материјално правни основ деривативне тужбе у Закону о предузећима није био довољно јасан (у којим животним ситуацијама се

---

<sup>60</sup> *Ibid.*, 897.

<sup>61</sup> *Ibid.*

<sup>62</sup> *Ibid.*

може примењивати), што је вероватно изазивало одређено неповерење у односу на целокупан законодавни оквир одговорности чланова органа предузећа. У том смислу у српском праву деривативној тужби је дуго времена недостајао веома значајан материјално правни супстрат, јер посебне дужности према привредном друштву (које су циљно и тематски усмерене на одређене сегменте обављања функције у друштву) и деривативна тужба представљају једну целину, која само у симбиози материјално правног и процесно правног основа може дати одговарајуће резултате. Дакле, у српском праву тек од 2004. године постоје сви услови за правилно функционисање деривативне тужбе. Такође, појединачна решења, као што су правила о трошковима поступка, затим правила о праву чланова друштва на информисање, су сигурно утицала на подстицаје за подношење тужбе. Имајући у виду све наведено јасно је да у тренутку када је деривативна тужба уведена у српско право није могла адекватно да се уклопи у тадашње друштвено економско уређење, као и друге одредбе Закона о предузећима. У овом тренутку, након значајних промена које су се десиле у српском праву и привредном окружењу, постоје услови да се деривативна тужба развије у потенцијално важан механизам корпоративне одговорности.

На основу свега наведеног може се закључити да сваки правни трансплант у себи садржи одређене вредности,<sup>63</sup> у виду постизања сврхе због које је правни трансплант прихваћен, али и опасности,<sup>64</sup> у виду постизања потпуно другог ефекта, у односу на циљ због којег је правни трансплант прихваћен. Када је реч о деривативној тужби у српском праву, за сада, деривативна тужба није узроковала, како позитивне, тако ни негативне ефекте. Отуда када се износе критике деривативне тужбе у српском праву или утврђују разлози због којих деривативна тужба није толико коришћена у пракси, треба увек имати у виду да је реч о правном транспланту, који је у српско право вероватно уведен у погрешном тренутку. Без обзира на савршеност уређења деривативне тужбе у одређеном праву, за њено функционисање у неком другом праву подједнако је важна и култура привредног окружења, као и друге одредбе закона, које чине секундарни законодавни оквир деривативне тужбе. Недостаци правног и привредног окружења, присутни у тренутку увођења деривативне тужбе у српско право, утицали су да њен значај не

---

<sup>63</sup> О вредностима упоредног права вид. А. Вотсон, 47-51.

<sup>64</sup> О опасностима упоредног права вид. *Ibid.*, 39-46.

буде уочен од стране пословне праксе, што је касније прихваћено као датост. У прилог наведеном говори околност да без обзира на конкретна унапређења законодавног оквира деривативне тужбе, која су се неспорно догодила након доношења Закона о предузећима, деривативна тужба ипак није заживела у пракси. Имајући у виду наведено, деривативна тужба и данас након више од две деценије по увођењу у српско право има статус правног транспланта, чија афирмација и покушај инкорпорације у српско право и привредно окружење тек предстоји.

## **2. Два могућа теоријска објашњења деривативне тужбе у српском праву**

Полазећи од чињенице да деривативна тужба представља правни трансплант англосаксонског права, које се традиционално заснива на другачијим принципима у односу на европско континентално право, у наставку теоријске анализе деривативне тужбе потребно је одговорити на питање да ли је концепт деривативне тужбе непознат српском праву, или се деривативна тужба, барем у одређеној мери, може уклопити у одређене фундаменте на којима се заснива српско право (и уопште европско континентално право). Одговор на постављено питање даје могуће теоријско објашњење постојања деривативне тужбе у српском праву. Отуда, анализа теоријског објашњења деривативне тужбе има за циљ да утврди да ли се у српском праву може оправдати постојање права члана друштва да у одређеним околностима судским путем штити права друштва чији је члан.

У српском праву постоје два могућа теоријска оправдања постојања деривативне тужбе.

Прво теоријско објашњење се заснива на општим учењима о правном субјективитету привредног друштва, тачније учењима о специфичностима правног субјективитета привредног друштва. Овај основ је заједнички за српско право и друга права која на исти или сличан начин перципирају субјективитет привредног друштва.

Друго теоријско објашњење постојања деривативне тужбе се заснива на концепту чланова привредног друштва као резидуалних поверилаца друштва и последично општем концепту вршења дужникових правних радњи од стране његових поверилаца, у овом случају чланова привредног друштва.

У наставку излагања биће најпре речи о појму оба теоријска основа, затим ће

бити дата њихова анализа као потенцијалног теоријског основа постојања деривативне тужбе, те ће на крају биће дат закључак о теоријском основу деривативне тужбе у српском праву.

## 2.1. Деривативна тужба као последица специфичности правног субјективитета привредног друштва

Правни субјективитет привредног друштва је изузетно сложена тема јер појам „привредно друштво“ у већини права обухвата различите форме удруживања, које по својим кључним обележјима могу бити доста различите.<sup>65</sup> Отуда је тешко постићи да расправа о правном субјективитету привредног друштва има општи карактер, а да закључци расправе буду применљиви на све форме привредних друштава које постоје у одређеном праву. У српској правној теорији о правном субјективитету привредног друштва се расправља у оквиру општег дела грађанског права и то у излагањима о правним лицима као субјектима грађанског права. У оквиру тих излагања постоје стандардне теме које се анализирају као што су учења о правним лицима, елементи правног лица, поделе правних лица, функције правних лица, правна и пословна способност правних лица.<sup>66</sup> Поред наведеног о основним цртама правног субјективитета привредног друштва се расправља и у општем делу компанијског права, превасходно са аспекта формираних теорија о правном субјективитету привредног друштва.<sup>67</sup> Право место за расправу о појму и садржини правног субјективитета привредног друштва је теорија компанијског права, која треба да обухвати не само теоријска учења о субјективитету привредног друштва, већ и позитивне прописе, јер је компанијски закон тај који по правилу одређује

---

<sup>65</sup> На пример, немачко право познаје форму командитног друштва на акције. Такође, немачко, али и енглеско право познају посебне облике ортачких друштава, у којима постоји ограничена одговорност ортака (енгл. *partnership*). У оба случаја реч је о формама које нису познате српском праву. Вид. Andreas Cahn, David C. Donald, *Comparative Company Law, Text and Cases on the Laws Governing Corporations in Germany, the UK and the USA*, Cambridge University Press 2010, 34, 41. У српском праву углавном се прави дистинкција на друштва лица и друштва капитала. М. Васиљевић (2013а), 51.

<sup>66</sup> В. Водинелић, 384-420; Драгољуб Стојановић, Оливер Антић, *Увод у грађанско право*, Правни факултет Универзитета у Београду 2004<sup>2</sup>, 163-189; А. Гамс, 107-123. Такође, правна лица као субјекти права изучавају се у оквиру увода у право. Вид. Радомир Лукић, Будимир Кошутић, *Увод у право*, Правни факултет Универзитета у Београду 2007<sup>24</sup>, 213-216; Коста Чавошки, Радмила Васић, *Увод у право*, Правни факултет Универзитета у Београду 2006, 440-453.

<sup>67</sup> М. Васиљевић (2013а), 63.



садржину и домашај правног субјективитета привредног друштва. У том погледу, када је реч о српском праву, појам и садржина правног субјективитета привредног друштва примарно треба да се дефинишу на основу одредби компанијског закона.<sup>68</sup> Отуда, сврха наредних излагања је да покуша да на основу општих учења о правном субјективитету правних лица и релевантних одредби ЗПД укаже на основна обележја правног субјективитета привредног друштва у српском праву, а у циљу утврђивања елемената субјективитета привредног друштва који могу представљати основ постојања деривативне тужбе у српском праву.

### *2.1.1. Специфичности правног субјективитета привредног друштва*

Расправа о правном субјективитету привредног друштва може се водити на два нивоа. Прво, могуће је расправљати да ли привредна друштва у одређеном праву имају статус субјекта права или не,<sup>69</sup> а затим уколико привредна друштва у конкретном праву имају статус субјекта права, онда је могуће расправљати о садржини и домашају правног субјективитета привредног друштва. Када је реч о српском праву, с обзиром на то да ЗПД привредно друштво изричито дефинише као „правно лице које обавља делатност у циљу стицања добити“, <sup>70</sup> у оквиру анализе правног субјективитета привредног друштва потребно је размотрити само питања која се односе на садржину и домашај правног субјективитета привредног друштва, јер је неспорно да привредна друштва у српском праву имају статус субјекта права.

У досадашњој теорији права нису формиран појмови садржине и домашаја правног субјективитета привредног друштва, међутим чини се да постоји основ за разликовање ова два појма.

Садржина правног субјективитета привредног друштва представља основ разликовања привредног друштва од других облика удруживања физичких лица. У том погледу увођење појма садржине правног субјективитета привредног друштва има не само теоријски, већ и практичан значај. Садржину правног субјективитета

---

<sup>68</sup> Неспорно, приликом анализе правног субјективитета привредног друштва потребно је ослонити се и на општа учења о правним лицима као субјектима права, али срж анализе мора да се заснива на одредбама позитивног законодавства.

<sup>69</sup> У немачком и англосаксонском праву постоје друштва која немају правни субјективитет. Вид. М. Васиљевић (2013а), 64.

<sup>70</sup> ЗПД, чл. 2.

привредног друштва чине битни елементи привредног друштва. У англосаксонској теорији компанијског права се не говори о појму битног елемента привредног друштва, већ о кључним карактеристикама компаније од којих се ова врста организације разликује од осталих облика удруживања, а то су правни субјективитет (који се не разлаже на конститутивне елементе), ограничена одговорност, преносивост власништва, специјализована (централизована) управа, дисперзовано власништво и постојање контроле власника над компанијом.<sup>71</sup>

Појам садржине правног субјективитета привредног друштва се разликује од појма домаћаја правног субјективитета привредног друштва, који се односи на питање правне и пословне способности привредног друштва.<sup>72</sup>

Када је реч о правном субјективитету привредног друштва као теоријском концепту постојања деривативне тужбе, од значаја је само садржина правног субјективитета привредног друштва, односно његови битни елементи, док питање правне и пословне способности привредног друштва у том смислу није од значаја.<sup>73</sup> Дакле, питање које се поставља је следеће: који битни елементи чине садржину правног субјективитета привредног друштва и који од утврђених битних елемената правног субјективитета привредног друштва могу представљати основ постојања деривативне тужбе у српском праву.

Да би се могло утврдити који то битни елементи чине привредно друштво у српском праву, претходно је потребно утврдити појам битног елемента привредног друштва.<sup>74</sup> Појам битни елемент привредног друштва се може дефинисати као сваки

---

<sup>71</sup> Paul Davis, *Introduction to Company Law*, Oxford University Press 2010<sup>2</sup>, 8-9; Reinier Kraakman, *et.al.*, *The Anatomy of Corporate Law*, Oxford University Press 2009<sup>2</sup>, 5.

<sup>72</sup> У српској теорији компанијског права са почетка 20. века правна способност привредног друштва, али и оно што се у овом раду квалификују као битни елементи привредног друштва, схватају се као последице правног субјективитета привредног друштва. Вид. Ђорђе Мирковић, „Правна природа трговачких друштава“, *Архив за правне и друштвене науке XXVIII (XLV) 1934*, 427.

<sup>73</sup> Тренутно разумевање одредбе чл. 4 ЗПД, којом је прописано да друштво поред регистроване, може обављати и било коју другу делатност која није законом забрањена, јесте да привредна друштва у српском праву, условно речено, имају општу правну способност, иако Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, 22/99, 23/99, 35/99 и 44/99, у чл. 54 као опште правило усваја ограничену правну способност правних лица. У смислу чл. 4 ЗПД реч је о условној општој правној способности, јер по природи ствари привредна друштва не могу бити носиоци свих права и обавеза у поређењу са физичким лицима. М. Васиљевић (2013а), 116.

<sup>74</sup> Досадашња теорија компанијског права не познаје појам битног елемента привредног друштва, али познаје појам конститутивног елемента, који није дефинисан. Сматра се да постоје четири конститутивна елемента привредног друштва, а то су уговор о оснивању привредног друштва,

онај елемент који мора да има одређени облик удруживања да би по ЗПД могао имати статус привредног друштва, независно од конкретне форме организовања и да би као такав био уписан код Агенције за привредне регистре. На основу општег дела ЗПД проистиче да је привредно друштво сачињено од следећих елемената: чланови друштва (један или више),<sup>75</sup> оснивачки акт друштва,<sup>76</sup> улог чланова,<sup>77</sup> седиште друштва,<sup>78</sup> делатност друштва,<sup>79</sup> пословно име друштва<sup>80</sup> и заступник друштва<sup>81</sup> (битни елементи у ширем смислу). Међутим, имајући у виду да су седиште друштва, пословно име, делатност и улози који се уносе у друштво саставни делови конститутивног акта друштва, који не може постојати без чланова друштва који друштво оснивају, те да заступник не мора бити персонално одређен у оснивачком акту, проистиче да у српском праву у основи објективно постоје три конститутивна елемента, која одређену организацију чине привредним друштвом, а то су чланови друштва, оснивачки акт који садржи законом прописане елементе и заступник привредног друштва који је у том својству регистрован код надлежног регистра, а који барем када је реч о друштвима капитала не мора потицати из реда чланова друштва.<sup>82</sup> Дакле, наведене три чињенице морају постојати да би се одређена форма организовања у српском праву могла сматрати привредним друштвом (битни елементи у ужем смислу).<sup>83</sup> Када се оснује привредно друштво, које моментом

---

заједнички циљ – добит, удруживање лица и капитала и воља да се оснује друштво. М. Васиљевић (2013а), 55-59.

<sup>75</sup> ЗПД, чл. 9.

<sup>76</sup> ЗПД, чл. 11.

<sup>77</sup> ЗПД, чл. 45.

<sup>78</sup> ЗПД, чл. 19.

<sup>79</sup> ЗПД, чл. 4.

<sup>80</sup> ЗПД, чл. 22.

<sup>81</sup> ЗПД, чл. 31.

<sup>82</sup> Законски заступник је битан елемент правног субјективитета привредног друштва, јер уколико друштво нема регистрованог законског заступника, ова околност представља основ за спровођење принудне ликвидације друштва. Вид. ЗПД, чл. 546 ст. 1 тач. 7.

<sup>83</sup> Како је наведено, у теорији се наводе још два конститутивна елемента привредног друштва – циљ привредног друштва и намера удруживања, који имају нематеријалну природу. М. Васиљевић, (2013а), 57, 59. Када је реч о циљу привредног друштва, у нашем праву он је законом јасно дефинисан, а то је стицање добити. Дакле, циљ привредног друштва није *per se* конститутивни елемент друштва, који као такав објективно мора постојати да би одређени облик организовања постао привредно друштво. Међутим, када настане привредно друштво онда оно по самом закону не може имати други циљ осим стицања добити. Отуда је циљ привредног друштва инкорпориран у субјективитет привредног друштва и увек је исти код свих привредних друштава, док се конкретна садржина битних елемената разликује од друштва до друштва. Циљ привредног друштва не треба

регистрације добија правни субјективитет,<sup>84</sup> садржина правног субјективитета привредног друштва добија изведене, нематеријалне елементе, а то су законом дефинисан циљ – стицање добити и интерес привредног друштва који је одвојен од интереса свих лица која га чине и који мора бити заштићен од стране физичких лица која доносе одлуке у име друштва. У упоредној правној теорији слично схватање изнео је италијански професор Франциско Карнелути (итал. *Francisco Carnelutti*) који је сматрао да је субјективитет правног лица сачињен од елемената правне природе, односно оних елемената који су прописани законом и личног интереса који има економску природу и који не представља збир индивидуалних интереса, већ самосталан интерес који је довео до удруживања физичких лица.<sup>85</sup>

---

поистовећивати са мотивом због којег је сваки од појединачних чланова друштва основао или постао члан друштва. Тако, у конкретном случају један члан друштва може основати друштво такође ради стицања добити, док другом члану може бити циљ нешто сасвим друго. Међутим, без обзира на појединачне циљеве/мотиве сваког од чланова друштва због којег су основали друштво, циљ привредног друштва може бити само један, а то је стицање добити. Додатно, не треба поистовећивати циљ привредног друштва са делатношћу привредног друштва. Делатност привредног друштва, која је битан елемент привредног друштва је средство за остварење циља привредног друштва. У том погледу разлог постојања привредног друштва – стицање добити се остварује помоћу изабране делатности привредног друштва, али делатност привредног друштва није сама по себи циљ друштва. Коначно циљ привредног друштва не треба поистовећивати ни са интересом привредног друштва. Интерес привредног друштва, као и делатност требало би да служи његовом циљу, а у сваком конкретном случају се испољава у виду потребе да се предузме конкретна радња од стране друштва. За сличан став о основном циљу привредног друштва у српском праву вид. Борко Михајловић, „Циљ пословања привредног друштва – само стицање добити или још нешто?“, *Право и привреда* 4-6/17, 140-157. Када је реч о намери удруживања као конститутивном елементу привредног друштва, она то може бити само у ограниченом домену. Наиме, воља да се буде члан привредног друштва првенствено утиче на правни положај самог члана привредног друштва, у смислу да ли ће бити власник удела или акција у једном друштву, док по правилу не утиче на само постојање привредног друштва. Изузеци постоје када је у питању једночлано привредно друштво или када је законом прописан минималан број чланова привредног друштва (ЗПД, чл. 93, 125), када одлука конкретног члана да иступи из друштва може довести до престанка самог привредног друштва (ЗПД, чл. 546). Међутим, у другим околностима воља да се буде члан друштва не утиче на постојање привредног друштва као таквог. Поред наведеног, намера удруживања може бити од значаја за постојање привредног друштва само у контексту мана воље, односно када је уговор о оснивању привредног друштва потписао лице које није (потпуно) способно за расуђивање или је уговор о оснивању потписао због постојања мане воље. Међутим, у том случају недостатак намере удруживања се може једино рефлектовати на пуноважност уговора о оснивању (оснивачки акт) као битан елемент привредног друштва, а тек кроз пуноважност уговора о оснивању и на само постојање привредног друштва. На тај начин се закључује да ни намера оснивања, као таква није битан елемент правног субјективитета привредног друштва.

<sup>84</sup> ЗПД, чл. 3.

<sup>85</sup> Elvia Arcelia Quintana Adriano, „The Natural Person, Legal Entity or Juridical Person and Juridical Personality“, *Penn State Journal of Law & International Affairs* Vol. 4, No. 1 2015, 368.

Уколико узмемо у обзир наведене битне елементе привредног друштва у српском праву, проистиче да три елемента привредног друштва узрокују потребу постојања деривативне тужбе, а то су чланови друштва, законски заступник друштва и интерес друштва. Наиме, ова три елемента привредног друштва у заједничком деловању треба да доведу до исхода да физичка лица, преко којих привредно друштво у правном промету изражава своју правно релевантну вољу, приликом формирања и изражавања воље привредног друштва увек поступају искључиво у интересу привредног друштва. Имајући у виду наведено јасно је да привредно друштво у српском праву, као и у другим правима у суштини представља правну фикцију.<sup>86</sup> Привредно друштво је правна фикција јер се узима као тачно да друштво има сопствену вољу (сопствени интерес) која је различита од воље физичких лица у саставу привредног друштва. Међутим, овај закључак не одговара у потпуности реалности, јер једино реално што постоји у оквиру привредног

---

<sup>86</sup> Изнети закључак не представља приклањање теорији фикције о правном субјективитету привредног друштва, већ првенствено има за циљ да нагласи у којој мери физичка лица која улазе у састав привредног друштва утичу на испољавање и функционисање правног субјективитета друштва. У америчкој теорији права постоје три класичне теорије о правном субјективитету компаније, то су теорија вештачке личности или фикције (поједини је називају и теорија концесије, док други сматрају да су теорија фикције и теорија концесије две различите теорије), уговорна теорија и органска теорија, која је преузета из немачке доктрине. Сходно теорији фикције компанија је творевина законодавца и има субјективитет само у границама закона. Ова теорија је била заступљена док су компаније осниване законима. Суштина теорије фикције је образложена у случају *Trustees of Dartmouth Coll. v. Woodward* из 1819. године. Сходно уговорној теорији компанија има субјективитет у оквирима уговора чланова, односно у овом случају субјективитет компанији дају чланови, а не закон, те су сва права и обавезе компаније у ствари права и обавезе чланова друштва. Уговорна теорија први пут је примењена у судској пракси у случају *Santa Clara v. Southern Pacific Railroad CO* из 1886. године. Сходно органској теорији или теорији реалности, која је први пут примењена у случају *Hale v. Henke* из 1906. године (у коме је суд одлучивао о уставној заштити права компаније), компанија је друштвена реалност која се не може свести само на своје чланове, који се током постојања компаније могу мењати, већ је много више од тога, због чега је компанија независна од својих чланова и самосталан носилац права и обавеза. Phillip I. Blumberg, „The corporate entity in an era of multinational corporations“, *Delaware Journal of Corporate Law* Vol. 15, No. 2 1990, 292- 295; John Dewby, „The historic background of corporate legal personality“, *Yale Law Journal* Vol. 35, No. 6 1926, 666; Ron Harris, *The Transplantation of the Legal Discourse on Corporate Personality Theories: From German Codification to British Political Pluralism and American Big Business*, *Washington and Lee Law Review* Vol. 63, No. 4 2007, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=981888>, 09.06.2017, 1466-1474. У српској теорији компанијског права са почетка 20. века наводе се две теорије о правној природи трговачких друштава – унитаристичка теорија, која је у основи уговорна теорија америчког права и дуалистичка теорија која трговачко друштво види као самостални субјект права, одвојен од чланова, али који има уговорну основу. Ђ. Мирковић, 44, 423-426.

друштва су његови чланови,<sup>87</sup> који су основали друштво, као и заступници који предузимају правне радње у име и за рачун привредног друштва. Имајући у виду наведено, привредно друштво никада не може имати суштинску аутономију воље као што је то случај са физичким лицима. Са друге стране, физичка лица која се налазе у саставу органа привредног друштва, такође имају свој правни субјективитет и правно релевантну вољу. Отуда основни задатак компанијског права од његовог настанка, па до данас је да покуша да у што већој мери разграничи правни субјективитет привредног друштва и физичких лица у саставу органа привредног друштва (путем којих се доносе одлуке друштва) и успостави принципе функционисања привредног друштва као самосталног субјекта права.<sup>88</sup> Поред тога, последица свега наведеног јесте да унутар привредног друштва постоје минимум два, а често и више интереса, који могу доћи у сукоб, па је додатни задатак компанијског права да успостави хијерархију интереса унутар привредног друштва, као и да пропише последице за непоштовање успостављене хијерархије.<sup>89</sup> Међутим, без обзира на савршеност уређења компанијског права, у одређеним ситуацијама, које нису ретке, физичка лица која се налазе у саставу привредног друштва, привредно друштво схватају као продужетак свог правног субјективитета и могу поступати на штету друштва.

На тај начин се долази до закључка да је највећа специфичност правног субјективитета привредног друштва та што привредно друштво своју правно релевантну вољу може изразити само кроз физичка лица која се налазе у његовом саставу и која имају своје личне циљеве/мотиве који су присутни у одређеном облику за све време постојања друштва. С обзиром на то да интерес лица која изражавају правно релевантну вољу привредног друштва, може бити у сукобу са интересом привредног друштва, неопходно је да компанијско право пропише одређене механизме заштите привредног друштва од злоупотреба које његови

---

<sup>87</sup> „Реално је у том природном смислу једино људско понашање које регулишу норме што се могу рашчланити према различитим гледиштима. Претпоставка да је правно лице реалност која је различита од појединачних људи, али која се чудновато, не може чулно опазити, или да је наиндивидуални, од појединачних људи створен социјални организам, јесте наивно хипостазирање једне замишљене ствари, једне помоћне правне представе...Обавезе и права неког правног лица морају се разложити на обавезе и права људи...“. Ханс Келзен, *Чиста теорија права*, Правни факултет Универзитета у Београду 2007, 43.

<sup>88</sup> R. Kraakman *et. al.*, 6-9, 35.

<sup>89</sup> *Ibid.*, 35.

чланови или заступници могу учинити према друштву приликом доношења одлука друштва. Дакле, неопходно је да постоји механизам који ће штитити друштво од физичких лица која се налазе у његовом саставу, а без којих друштво не може постојати као субјект права и која имају надлежност да предузимају правне радње у име и за рачун друштва. У односу на физичка лица која не могу доносити одлуке у име друштва, није потребно формирање сличног механизма, јер ова категорија физичких лица по природи положаја у друштву не могу значајно негативно утицати на правну сферу друштва.

### *2.1.2. Специфичности правног субјективитета привредног друштва као основ постојања деривативне тужбе*

Уколико претходно изведену основну специфичност правног субјективитета привредног друштва сведемо на оквире судске заштите интереса привредног друштва, који као примаран треба да буде на првом месту приликом предузимања било које правне или фактичке радње од стране физичких лица која улазе у састав привредног друштва, проблем који може настати је следећи.

Услед постојања сукоба или само различитости личних интереса лица која по редовном току ствари изражавају вољу привредног друштва и интереса самог привредног друштва, физичка лица могу повредити дужности које имају према привредном друштву. Уколико су управо прекршиоци дужности лица надлежна за доношење одлуке о покретању судског поступка у име друштва, код оваквог стања ствари извесно је да судски поступак ради отклањања последица повреде интереса привредног друштва неће бити покренут, јер долази до својеврсне конфузије повериоца и дужника, што фактички онемогућава подношење тужбе. Једноставно, уколико тужба треба да се поднесе против одређених лица унутар друштва, која су по закону једина овлашћена да покрену судски поступак у име друштва, потпуно је ирационално очекивати да ће ова лица одлучити да покрену поступак против себе самих, иако би тужба формално правно била поднета од стране привредног друштва, који је одвојен субјект права. Такође, исти проблем може постојати и у околностима када лица која су прекршила дужности према привредном друштву нису у саставу органа друштва који доноси одлуку о покретању поступка, али потенцијални тужени директно утичу на положај чланова органа који треба да

донесу одлуку о покретању поступка, или имају неке друге заједничке интересе, који ће у крајњем резултату довести до тога да поступак не буде покренут. У сваком случају, без обзира на околност који конкретно орган друштва би био надлежан за покретање поступка због повреде дужности према друштву, због сложености и међусобног преплитања интереса између потенцијалног туженог и органа надлежног за покретање поступка, постоји могућност да поступак не буде покренут, а да при томе таква одлука није руковођена најбољим интересом друштва.

Једино решење које се може наћи за настали проблем јесте да се право на подношење тужбе додели и другим субјектима унутар привредног друштва (појединачним члановима друштва), који иначе нису надлежни за доношење одлуке у име друштва или лицима изван друштва, али који имају довољан интерес у друштву и која самим тим имају подстицај да узму у разматрање могућност покретања судског поступка. Уколико се право на подношење тужбе додели субјектима који иначе нису надлежни за доношење одлуке и који нису (барем у значајној мери) интересно повезани са лицима која су прекршила дужности, онда у том случају лица која имају дужности према друштву не могу бити сигурна да ће избећи санкцију за своје понашање, као што би то било у случају да о покретању поступка могу да одлуче само органи у чијем су саставу лица која су прекршила посебне дужности или органи друштва који су на други начин интересно повезани са прекршиоцем дужности. Наведена констатација остаје без обзира на то колико је компликована процедура за подношење тужбе, јер лица која имају дужности према друштву не могу се поуздати да ће баш у њиховом случају процедуралне препреке бити довољан штит од одговорности.

Имајући у виду да је у овом случају реч о праву друштва, које се штити од стране лица која у редовним околностима нису надлежна за покретање поступка у име друштва, тужба је морала да добије посебну форму тужбе коју тужиоци подносе у лично име, али за рачун друштва, јер тужиоци у овом случају право на подношење тужбе изводе из права друштва. Отуда, деривативна тужба је неопходан институт компанијског права, који у српском праву (као и у осталим правима) има утемељење у специфичности правног субјективитета привредног друштва, како би се омогућило санкционисање повреде дужности према привредном друштву учињено од стране лица која су по закону дужна да делују у интересу привредног друштва, али су истовремено и једина овлашћена да штите интересе друштва. У том погледу,



деривативна тужба је неопходан корективни механизам компанијског права у делу који се односи на судску заштиту интереса привредног друштва, а на основу којег се право на доношење одлуке о судској заштити интереса привредног друштва даје лицима која иначе нису надлежна да доносе ову врсту одлуке у име друштва. Без постојања деривативне тужбе, због специфичне природе правног субјективитета привредног друштва, судска заштита интереса привредног друштва, у околностима када је повреда уследила од лица која би по редовном току ствари требало да покрену судски поступак, не би била могућа.

## 2.2. Деривативна тужба као начин вршења дужникових правних радњи

Српско право само у ретким случајевима дозвољава да се парнични поступак води о туђем праву. Онда када је то дозвољено, по правилу, поред интереса лица за чији рачун се води поступак, постоји додатни интерес који се посредно штити у поступку, те је углавном реч о интересу тужиоца или интересу заједнице којој тужилац припада (у одређеним случајевима реч је и о јавном интересу).<sup>90</sup> Имајући у виду да деривативна тужба служи заштити интереса привредног друштва, право члана на подношење тужбе у своје име, а за рачун друштва требало би да има додатно оправдање, поред оправдања које се заснива на специфичности правног субјективитета привредног друштва. Додатно оправдање постојања деривативне тужбе би требало да се заснива на објашњењу природе интереса члана друштва који се посредно штити у поступку по деривативној тужби. Идентификовање интереса члана друштва, а евентуално и других лица, који се посредно штите у поступку по деривативној тужби, осим за сврхе теоријског објашњења деривативне тужбе може имати и практичан значај, јер се на тај начин могу утврдити лица која би требало да имају активну легитимацију за подношење деривативне тужбе.

Полазећи од претходне поставке, додатно теоријско оправдање постојања деривативне тужбе може се заснивати на концепту члана друштва као резидуалног повериоца друштва, те би деривативна тужба представљала својеврсно „право повериоца да врши дужникова права“ или „допунско право повериоца“. Тачније, у овом случају теоријски основ постојања деривативне тужбе би се заснивао на

---

<sup>90</sup> Када је у српском праву дозвољено водити парнични поступак о туђем праву вид. Б. Познић, В. Ракић Водинелић, 205.

хипотези да чланови друштва као резидуални повериоци имају право да кроз исплату добити или повећање вредности удела/акција на тржишту, добију резидуалну вредност која је створена унутар друштва, а која преостане након измирења свих обавеза друштва.<sup>91</sup> Концепт резидуалних поверилаца друштва је настао у америчком праву, као последица расправе о сврси постојања компаније, те су као резидуални повериоци означена она лица која имају интерес да компанија добро послује.<sup>92</sup> Дилема која и данас постоји јесте да ли су чланови друштва једини резидуални повериоци.<sup>93</sup> Имајући у виду наведено, потребно је указати да је реч о мешовитом теоријском основу који се кумулативно заснива на концепту чланова друштва као резидуалних поверилаца, који је настао у америчком праву и концепту додатних права повериоца који је карактеристика европских права.

Положај чланова друштва као резидуалних поверилаца се разликује од положаја стварних поверилаца друштва по следећим карактеристикама: поверилачки статус је трајног карактера, јер постоји за све време чланства у друштву, те самим тим не може престати испуњењем, потраживање није дефинисано по обиму и садржини, већ у сваком тренутку зависи од успешности пословања друштва и на крају због недефинисаног карактера, потраживање није могуће заштитити на директан начин. Имајући у виду наведено, статус чланова друштва као резидуалних поверилаца може доћи у обзир за разматрање као основ постојања права члана друштва на подношење деривативне тужбе, јер су чланови друштва, због трајног и ограничено заштићеног „резидуалног поверилачког односа“ према друштву, једини субјекти који су заинтересовани да се вредност друштва безгранично увећава (за разлику од стварних поверилаца чија су потраживања ограничена по садржини и обиму). Истовремено наведене разлике положаја резидуалних и стварних поверилаца друштва представљају разлог због којег се

---

<sup>91</sup> Вид. Brian R. Cheffins, *The History of Modern U.S. Corporate Governance: Introduction*, University of Cambridge Faculty of Law, Research Paper No. 29/2012, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=2192151>, 01.06.2017, 14.

<sup>92</sup> Поред термина резидуални поверилац, постоји и термин резидуални власник. По дефиницији резидуални власник је оно лице чији су интереси изједначени са интересом компаније и које ће самим тим настојати да увећава вредност компаније, што ће у крајњем исходу допринети добробити и носиоцима других интереса унутар друштва. Lynn LoPucki, *The Myth of the Residual Owner: An Empirical Study*, University of California, Los Angeles School of Law Law & Economics Research Paper Series, 2004, доступно на адреси: <http://ssrn.com/abstract=401160>, 07.11.2017, 4.

<sup>93</sup> Lynn A. Stout, *Bad and Not-So-Bad Arguments For Shareholder Primacy*, *Southern California Law Review*, Vol. 75 2002, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=331464>, 28.08.2017, 1208-1209.

идентичан теоријски основ за оправдавање постојања права на подношење деривативне тужбе не може применити у односу на стварне повериоце друштва или носиоце других интереса унутар друштва.<sup>94</sup>

Деривативна тужба као начин вршења дужникових правних радњи је споран теоријски концепт којим се објашњава постојање деривативне тужбе у српском праву из два разлога. Први разлог се односи на чињеницу да српско право не познаје институт вршења дужникових права као такав. Други разлог се односи на околност да је статус чланова друштва као резидуалних поверилаца друштва сам по себи споран, јер се односи на вечиту дилему компанијског права која је настала у америчкој правној теорији, а то је да ли компанија постоји само у интересу својих чланова или и интересу других лица, о чему ће посебно бити речи у наредним излагањима. У српској теорији компанијског права није заступљен концепт чланова друштва као резидуалних повериоца, на исти начин као што је то случај са америчком правном теоријом, те се право чланова друштва да добију остатак вредности створене у друштву углавном препознаје у виду конкретних имовинских права чланова друштва (исплата добити, право на исплату ликвидационог остатака или остатака стечајне масе),<sup>95</sup> а не као општи концепт компанијског права. Са друге стране, у америчкој теорији компанијског права концепт чланова друштва као резидуалних поверилаца постоји као општи концепт, који између осталог служи и како би се установило која лица треба да имају контролу над компанијом и у чијем интересу треба да се доносе одлуке компаније, а у крајњем исходу шта је основни циљ оснивања и постојања сваког привредног друштва.<sup>96</sup>

Концепт чланова друштва као резидуалних поверилаца привредног друштва може доћи у обзир за разматрање као потенцијални основ постојања права чланова друштва да судским путем захтевају заштиту права друштва, јер је логичан след те заштите увећање изгледа за „намирење потраживања“, односно повећање вредности удела/акција које имају у друштву или барем спречавање умањења вредности компаније. Поред наведеног, потребно је поменути да чланови друштва могу бити и

---

<sup>94</sup> О другим субјектима, поред чланова друштва, као потенцијалним тужиоцима код деривативне тужбе биће речи у оквиру излагања о субјективном домену примене деривативне тужбе у глави X.

<sup>95</sup> Вид. М. Васиљевић (2013а), 217, 323, 581.

<sup>96</sup> На пример, једно од питања које се поставља јесте због чега и други носиоци интереса не би могли да утичу на процес доношења одлука компаније. Bernard S. Black, *Corporate Law and Residual Claimants*, Stanford Law School 2001, доступно на адреси: <http://ssrn.com/abstract=1528437>, 07.11.2017, 1.

стварни повериоци, али у овом случају чланови друштва, поред тога што су стварни повериоци друштва, такође задржавају статус резидуалних поверилаца, јер имају право да добију део резидуалне вредности која остане у друштву, након намерења потраживања свих стварних поверилаца, укључујући и чланове друштва који имају овај статус. Отуда, статус чланова друштва као поверилаца друштва у смислу теоријског оправдања деривативне тужбе може се заснивати само на концепту чланова друштва као резидуалних поверилаца.

### *2.2.1. Појам вршења дужникових правних радњи и примена у компанијском праву*

Поменуто је да српско право тренутно не познаје институт вршења дужникових права,<sup>97</sup> међутим овај институт је био предвиђен у Скици проф. Михаила Константиновића,<sup>98</sup> у делу који је регулисао општа дејства обавеза, а исто решење је тренутно предложено у Нацрту грађанског законика.<sup>99</sup> Скица је као општа дејства обавеза предвиђала право повериоца на накнаду штете, вршење дужникових права, опозивање дужникових правних радњи, право задржавања и посебна права повериоца у неким случајевима.<sup>100</sup> Од наведених института једино вршење дужникових права није унето у Закон о облигационим односима.<sup>101</sup>

Скица проф. Константиновића у оквиру института вршења дужникових права прописивала је да сваки поверилац чије је потраживање доспело за исплату може вршити у име и за рачун дужника, његова имовинска права према трећим лицима која он запушта на штету својих поверилаца, изузев оних права која су везана за личност.<sup>102</sup> На основу садржине овог института, како је постављен у Скици, може се закључити да вршење дужникових права од стране повериоца карактерише неколико обележја, а то су: услов за примену института је да услед

---

<sup>97</sup> Овај институт познаје француско право у чл. 1166 Грађанског законика, као изузетак од општих дејстава уговора дефинисаних у чл. 1165 Code Civil, доступно на адреси: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>, 02.11.2017.

<sup>98</sup> Михајло Константиновић, *Облигације и уговори, Скица за Законик о облигацијама и уговорима*, Правни факултет Универзитета у Београду 1969, последње издање, „Службени лист СЦГ“ у Библиотеци „Класици југословенског права“, Београд 2006, чл. 226.

<sup>99</sup> Нацрт грађанског законика, чл. 470, доступно на адреси: <http://www.mpravde.gov.rs/files/NACRT.pdf>, 01.11.2017.

<sup>100</sup> М. Константиновић, чл. 206-241.

<sup>101</sup> Вид. ЗОО, чл. 262-294.

<sup>102</sup> М. Константиновић, чл. 226 ст. 1.

невршења права од стране дужника повериоци трпе штету, јер дужник нема довољно имовине из које би се повериоци могли намирити, затим да се вршење дужникових права остварује једино у судском поступку и да се након реализације дужникових права на оствареним средствима успоставља право приоритетног намирења повериоца из вредности реализованог права дужника.<sup>103</sup>

Поред концепта вршења дужникових правних радњи, у нашој теорији је познат и појам новијег датума – *допунска права поверилаца*,<sup>104</sup> која права су по својој суштини блиска вршењу дужникових права, јер представљају утицај повериоца на имовинску сферу дужника са циљем да се побољшају изгледи за намирење потраживања повериоца који је искористио допунско право. Међутим, у случају допунских права поверилаца утицај поверилаца на имовинску сферу дужника остварује се на један посредан начин, тиме што се повериоцима законом даје одређено овлашћење за вршење утицаја на правну сферу дужника, али које не представља директно вршење дужникових права од стране поверилаца.<sup>105</sup> Постоје три групе допунских права поверилаца,<sup>106</sup> а то су права којима поверилац отклања препреке за намирење,<sup>107</sup> права којима поверилац штити изгледе за намирење<sup>108</sup> и права којима поверилац јача изгледе за намирење.<sup>109</sup> Када је реч о српском праву ЗПД прописује неколико допунских права поверилаца која спадају у групу допунских права којима поверилац штити изгледе за намирење и којима поверилац јача изгледе за намирење. У допунско право којим поверилац штити изгледе за намирење спада право повериоца да побија споразумно утврђену вредност неновчаног улога, док у допунска права којима поверилац јача изгледе за намирење

---

<sup>103</sup> *Ibid.*, чл. 262 ст. 2-4.

<sup>104</sup> Vuk Radović, Nenad Tešić, „On creditor’s supplemental rights“, *Annals of the Faculty of Law in Belgrade – Belgrade Law Review* 3/2015, 145.

<sup>105</sup> *Ibid.*, 148-149.

<sup>106</sup> *Ibid.*, 149.

<sup>107</sup> У ову групу допунских права поверилаца спадају предлог за отварање стечајног поступка и друга права која се остварују у стечају, захтев за проглашење несталог лица за умрло, захтев за деобу дужникове заједничке имовине, иницирање оставинског поступка и вршење других дужникових права. *Ibid.*, 150-151, 154.

<sup>108</sup> У ову групу допунских права поверилаца спадају захтев за одвајање заоставштине, побијање правних радњи дужника и побијање споразумно утврђене вредности неновчаног улога у привредно друштво. *Ibid.*, 157-158, 161.

<sup>109</sup> У ову групу допунских права поверилаца спадају законско založno право, право задржавања, упис у јавне књиге, захтев за обезбеђење у случају смањења основног капитала или спровођења статусне промене и пробијање правне личности. *Ibid.*, 162-166.

спадају захтев за обезбеђење у случају смањења основног капитала привредног друштва, захтев за обезбеђење и право на побијање одлуке о статусној промени привредног друштва, пробијање правне личности и посебна права поверилаца ортачког друштва.

Дакле, као што се може видети у српском компанијском праву постоји одређени број допунских права поверилаца, али у свим случајевима то право имају повериоци који се налазе у одређеном облигационом односу са друштвом и чије намирење може бити угрожено предузимањем одређене правне радње од стране привредног друштва.

Отуда се може закључити да утицај повериоца на имовинску сферу дужника, као општи принцип није стран српском (компанијском) праву, те управо као општи принцип може послужити теоријском оправдању постојања деривативне тужбе.

### *2.2.2. Вршење дужникових права и допунска права повериоца као основ постојања деривативне тужбе*

На самом почетку образложења насловљеног теоријског основа деривативне тужбе потребно је дати две напомене.

Прво, у овом случају теоријско објашњење постојања деривативне тужбе може се заснивати само на општој идеји о дозвољености повериоца да утиче на правну сферу дужника, а не на конкретној садржини института. Ослањање на конкретну садржину института вршења дужникових права или допунских права повериоца није могуће јер чланови друштва као резидуални повериоци немају потраживање које је дефинисано по обиму и садржини, из ког разлога објашњење деривативне тужбе директном применом ових института није могуће.

Друго, да би концепт постојања права повериоца да утиче на правну сферу дужника могао представљати чак и општи теоријски основ за објашњење деривативне тужбе, претходно је потребно размотрити у којој мери концепт чланова друштва као резидуалних поверилаца заиста може опстати.

Концепт чланова друштва као резидуалних поверилаца је био заступљен у америчкој теорији компанијског права све до почетка 20. века, када су се јавиле прве теорије у којима се члановима друштва оспорава овај статус, иако је и даље била

присутна идеја о приоритету интереса акционара.<sup>110</sup> Идеја о положају чланова друштва као резидуалних поверилаца је настала као последица промене схватања о сврси постојања привредног друштва, која се догодила у последњој трећини 19. века.<sup>111</sup> Наиме, од тог времена привредно друштво је схватано као својеврсно средство за остваривање приватних интереса чланова, а не средство за остваривање јавних интереса, као што је то био случај у ранијем периоду. Тада је интерес чланова привредног друштва постављен као примарни интерес унутар друштва. Касније, приватноправна сврха постојања привредног друштва и даље је постојала, док је постепено прошириван концепт појма резидуалних поверилаца друштва,<sup>112</sup> те су у ову групу субјеката у одређеним околностима убрајани повериоци, запослени, управа друштва.<sup>113</sup> У новијој теорији компанијског права, која се приклања ширем поимању појма резидуалног повериоца издваја се дефиниција коју је поставио проф. Бернард Блек (енгл. *Bernard S. Black*), а који појам резидуалног повериоца компаније дефинише кроз појам резидуалног интереса, те сматра да резидуални интерес у друштву имају сва она лица којима иде у прилог да друштво добро послује, отуда је резидуални поверилац друштва свако ко има резидуални интерес у друштву.<sup>114</sup>

Међутим, овде је потребно напоменути да је појам резидуални поверилац у америчкој правној теорији углавном расправљан у контексту сврхе постојања друштва, што није у потпуности прецизно поимање, јер је једно питање у чијем све интересу треба да се води пословање компаније, а одвојено питање ко има право да добије остатак вредности која је створена у друштву. Наиме, питање у чијем интересу треба да се воде послови компаније је апстрактно и у основи тешко одредиво, док је питање ко се може сматрати резидуалним повериоцем друштва конкретно правно питање и зависи од законског уређења начина расподеле вредности створене унутар друштва. У том смислу круг резидуалних поверилаца би требало да се дефинише на основу два критеријума, прво да ли је реч о субјекту који

---

<sup>110</sup> L. Stout, 1189-1190.

<sup>111</sup> Daniel J. H. Greenwood, *The Dividend Problem*, *Journal of Corporation Law* Vol. 32, No. 1 2006, доступно на адреси: <http://ssrn.com/abstracts=799144>, 07.11.2017, 109-110.

<sup>112</sup> Чак и након једног века трајања дебате о томе који је интерес унутар друштва примаран, постоје различита мишљења о овом питању вид. David G. Yosifon, „The Law of Corporate Purpose“, *Berkeley Business Law Journal* Vol. 10, No. 2 2013, 183.

<sup>113</sup> B. Black (2001a), 24-31.

<sup>114</sup> *Ibid.*, 14.

има интерес да друштво добро послује и друго да ли је реч о субјекту који је овлашћен да захтева и/или добије вишак вредности која је створена унутар друштва. На пример, повериоци или друштво у целини, па чак и запослени свакако имају интерес да друштво добро послује, али нису овлашћени да одлучују о расподели вишка вредности која је створена у друштву. У свим случајевима, носиоци других конститутивних интереса у друштву могу добити само одређену вредност која је унапред дефинисана и по обиму не зависи од пословања друштва. Такође, „вредност“ коју добијају од друштва је по правилу противнакнада за вредност коју су они пружили друштву, па самим тим економска корист коју добијају од друштва ретко када може представљати „вишак вредности“, који се добија у односу са друштвом. Са друге стране, чланови друштва без давања било какве противчинидбе (уколико изузмемо уношење улога у друштво) имају потпуно легитиман и дозвољен правни основ да приме сву вредност која остане у друштву, након измирења обавеза стварних поверилаца.

Имајући у виду тренутну тенденцију ширења појма резидуални поверилац, све резидуалне повериоце привредног друштва можемо поделити на резидуалне повериоце у ширем (неправе) и ужем смислу (праве).

У резидуалне повериоце компаније у ширем смислу свакако спадају сви субјекти који су носиоци одређеног интереса у друштву, јер је у овом тренутку развоја компанијског права и привредног окружења јасно да нису само чланови друштва заинтересовани да друштво добро послује. Реч је о резидуалним повериоцима у ширем смислу јер ови повериоци немају могућност да одлучују о расподели вишка вредности створене у друштву. Са друге стране резидуални повериоци у ужем смислу, дакле повериоци који имају право да добију вредност створену унутар друштва, могу бити једино чланови друштва. Овај закључак је посебно тачан за српско право, јер су чланови друштва једина лица која одлучују о расподели добити друштва, за разлику од, на пример, америчког права, где о расподели добити одлучује управа.

На тај начин се долази до крајњег закључка да су чланови друштва заправо једини прави резидуални повериоци друштва, јер поред тога што су заинтересовани да друштво добро послује, чланови друштва су једини овлашћени да одлучују о томе на који начин ће се распоредити вишак вредности који је створен унутар друштва, иако тренутно постоји тенденција да се члановима друштва потпуно



оспори ово право.<sup>115</sup> У том погледу, потребно је напоменути да је у америчкој правној теорији један од главних аргумената који се користи против схватања о члану друштва као резидуалног повериоца заснован на чињеници да у америчком праву одлуку о исплати добити доноси одбор директора, а не чланови, што како је наведено није случај у српском праву.<sup>116</sup>

Имајући у виду све наведено, када је реч о српском праву, чини се да статус чланова друштва као резидуалних поверилаца не може бити оспорен из два разлога, те је чак можда утемељенији него што је то случај у америчком праву. Наиме, ЗПД за разлику од америчког права изричито прописује да су чланови друштва ти који одлучују на који начин ће бити искоришћена добит остварена у друштву. Самим тим потпуно је јасно да су чланови друштва једини субјекти који могу одлучивати на који начин ће се расподељивати вредност створена у друштву. Такође, подједнако важан разлог за постојање концепта је тај да чланови друштва, под претпоставком да друштво добро послује, у сваком моменту могу донети одлуку о покретању поступка ликвидације друштва по ком основу друштво престаје да постоји као субјект права. Отуда, имајући у виду да чланови друштва директно могу утицати на постојање привредног друштва, онда није могуће са успехом оспоравати члановима друштва статус резидуалних поверилаца, нити ранг приоритета уколико се прихвати концепт о постојању више резидуалних поверилаца, јер уколико не постоји друштво, онда не може постојати, нити бити реализован интерес било којих других лица унутар друштва.

Да ли ће чланови друштва добити вишак вредности створене у друштву зависи од тога да ли друштво добро послује. Није редак случај да друштво у одређеном периоду свог пословања не остварује позитивне пословне резултате, што може бити узроковано различитим факторима. Друштво може лоше пословати из било ког разлога који је по својој природи објективног карактера. Међутим, у одређеним ситуацијама лоша финансијска ситуација привредног друштва може бити последица скривљеног понашања чланова управе или других лица која имају посебне дужности према привредном друштву. Отуда је интерес сваког појединачног члана друштва, да као резидуални поверилац друштва има могућност

---

<sup>115</sup> У једном тривијалном поимању, право чланова друштва на исплату добити се поистовећује са правом конобара да добије бакшиш. Вид. D. Greenwood, 108.

<sup>116</sup> *Ibid.*, 113. L. Stout, 1193.

да увећа изгледе за своје „намирење“. Наиме, санкционисање лица која су прекршила дужности која имају према друштву у виду накнаде штете коју је друштво претрпело услед повреде дужности или остваривања другог имовинског захтева, може довести до успостављања нарушене имовинске равнотеже у друштву која је настала због кршења посебних дужности. У том смислу деривативна тужба може представљати један од начина да чланови друштва побољшају финансијску ситуацију друштва и самим тим изгледе за стварање веће вредности друштва. У реалности вероватно је да размере деривативне тужбе неће бити у тој мери значајне да су од одлучујућег значаја за постојање конкретне добити друштва, али деривативна тужба свакако представља један легитиман вид заштите економских интереса чланова друштва као трајних, односно резидуалних поверилаца друштва, којима по редовном току ствари недостаје непосредан механизам заштите резидуалних интереса у друштву.

Имајући у виду све наведено може се закључити да се у српском праву може прихватити концепт чланова друштва као резидуалних поверилаца друштва и самим тим право повериоца да утиче на правну сферу дужника као општи принцип и основ постојања деривативне тужбе.

### 2.3. Закључак о теоријском основу деривативне тужбе у српском праву

На основу изложене теоријске анализе деривативне тужбе може се закључити да се концепт деривативне тужбе може уклопити у одређене принципе српског права, те да се заснива како на концепту специфичности правног субјективитета привредног друштва, тако и на концепту чланова друштва као резидуалних поверилаца.

Постојање деривативне тужбе у српском праву се у првом реду заснива на специфичностима правног субјективитета привредног друштва, као што је то уосталом случај и са другим правима. Деривативна тужба је неопходан механизам компанијског права, како би се спречило да лица која су по закону овлашћена да предузимају правне и фактичке радње друштва, те радње предузимају вођени личним мотивима, без узимања у обзир интереса друштва. У околностима када лица која су по редовном току ствари овлашћена да изражавају вољу привредног друштва повреде дужности које имају према друштву и тиме друштву проузрокују штету,

онда се овлашћење за изражавање правно релевантне воље друштва – покретање одговарајућег судског поступка, мора дати другим субјектима, јер у супротном повреда дужности према друштву вероватно неће бити санкционисана. Имајући у виду да се настала ситуација по свом ефекту односи на процес изражавања воље привредног друштва, право на подношење деривативне тужбе требало би да имају само субјекти који се налазе у саставу привредног друштва и чине део његовог правног субјективитета. На тај начин се постиже да се деривативна тужба креће у оквирима основних правила компанијског права. Уколико се право на подношење деривативне тужбе додели субјектима изван привредног друштва, онда у том случају деривативна тужба није механизам за решавање проблема који се односи на изражавање правно релевантне воље привредног друштва, већ би служила другом циљу. У том погледу приликом дефинисања законодавног уређења деривативне тужбе треба увек имати у виду да је деривативна тужба корективни механизам компанијског права, који треба да отклони проблем који може настати приликом испољавања правно релевантне воље привредног друштва.

Постојање деривативне тужбе у другом реду се заснива на статусу члана друштва као резидуалног повериоца друштва. Чланови друштва су у теорији препознати као резидуални повериоци друштва, јер представљају у основи једине субјекте унутар друштва који имају интерес да се вредност друштва безгранично увећава. При свему томе, чланови друштва су, барем у српском праву, једина лица овлашћена да одлучују о томе на који начин ће се расподелити вишак вредности створене у друштву. Такође, намирење чланова друштва као резидуалних поверилаца, могуће је само уколико су намирени стварни повериоци друштва, што указује да деривативна тужба може допринети и заштити интереса других лица, код којих није могуће оправдати постојање непосредног права на подношење деривативне тужбе.

Наведена два теоријска основа деривативне тужбе, тек у заједничком деловању објашњавају постојање деривативне тужбе у српском праву, те се теоријски основ деривативне тужбе заснива на заједничком деловању специфичности правног субјективитета привредног друштва и права чланова друштва да штите свој економски интерес који може бити повређен уколико право друштва не буде заштићено. Дакле, за постојање права на подношење деривативне тужбе потребно је да постоји очигледна потреба да се омогући изражавање правно

релевантне воље друштва, као и потреба да се заштите интереси лица која могу бити погођена директним повређивањем права друштва. Изнето схватање се у основи приближава поимању деривативне тужбе у делу америчке правне теорије, у којој се деривативна тужба схвата као део корпуса власничких права чланова друштва, односно као дериват права власништва над друштвом, као што је то на пример дивиденда.<sup>117</sup> Међутим, одређење деривативне тужбе као права које се заснива на постојању чланства у друштву представља смерницу за дефинисање правне природе деривативне тужбе, али не објашњава у потпуности теоријско оправдање њеног постојања.

На крају, потребно је указати да теоријско објашњење деривативне тужбе није само себи сврха, већ је усмерено ка дефинисању садржине овог института у одређеном праву. Тек када се разјасни теоријски основ постојања деривативне тужбе могуће је правилно дефинисати субјективни и објективни домен примене, а након тога и друге елементе значајне за примену овог института. Уколико није познат *ratio* постојања одређеног правног института, тада није могуће ни поставити одговарајући законодавни оквир.

### **3. Однос материјалног и процесног права на примеру деривативне тужбе**

Веома значајано питање које се поставља у оквиру теоријске анализе деривативне тужбе јесте да ли је деривативна тужба институт материјалног или процесног права и на који начин се однос материјалног и процесног права испољава на примеру деривативне тужбе.

Материјално и процесно (грађанско) право представљају две одвојене гране права са сопственим предметом и методом регулисања.<sup>118</sup> За материјално право се обично каже да се њиме уређује статусни положај субјеката грађанских права, као и настанак, промена и престанак грађанских субјективних права (правни односи грађанског права).<sup>119</sup> Са друге стране, грађанским процесним правом се уређује поступак заштите грађанских субјективних права.<sup>120</sup> Теоретичари су готово

---

<sup>117</sup> Keith Sharfman, „Derivative suits in bankruptcy“, *Stanford Journal of Law, Business & Finance* Vol. 10, Iss. 1 2004, 2.

<sup>118</sup> Гордана Станковић, „Закон о облигационим односима и процесни закони“, *Књига о десетогодишњици, Правни живот II* 1988, 407.

<sup>119</sup> Вид. В. Водинелић, 39.

<sup>120</sup> Сениша Трива, *Грађанско парнично процесно право*, Народне новине, Загреб 1983<sup>5</sup>, 12.

једногласни у констатацији да је однос материјалног и процесног права веома сложен.<sup>121</sup> Сложеност односа материјалног и процесног права се састоји у томе што постоји међусобна условљеност материјалног права и процесног права,<sup>122</sup> а у практичној примени и тиме што у одређеним случајевима није баш очигледно да ли је одређена норма материјално правне или процесно правне природе.

Када је реч о међусобној условљености материјалног и процесног права, она није општег карактера, већ постоји код одређених питања и испољава се на начин да материјално право утиче на примену процесног права и обрнуто.<sup>123</sup> По правилу материјално право није претпоставка за подношење тужбе, већ за усвајање тужбеног захтева у парничном поступку. Међутим, у одређеним околностима суд у поступку примењује одредбе материјалног права, не да би одлучио о основаности тужбеног захтева, већ да би утврдио да ли постоје услови за вођење поступка. У том погледу материјално право утиче на процесно на тај начин што одређује садржину процесних правила која су од значаја за постојање и вођење поступка.<sup>124</sup> Са друге стране, процесно право на сличан начин може утицати на садржину материјалног права, у смислу да предузимање одређене процесне радње може имати материјално правно дејство.<sup>125</sup> Такође, правила процесног права могу бити уређена на такав начин да подстичу или пак спречавају примену, односно реализацију материјалног права.<sup>126</sup> Да ли је у сваком конкретном случају реч о одредби материјалног или процесног права у већини случајева није тешко утврдити, јер су по правилу норме материјалног и процесног права регулисане одвојеним законима. Место регулисања одређене норме није од пресудног значаја за дефинисање њене правне природе, јер материјални закони могу садржати одредбе процесно правне природе, као што и

---

<sup>121</sup> Nikola Gavella, „О односу материјалног и процесног грађанског права у парницама – поглед са стајалишта приватног (грађанског) права“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 63(3-4) 2013, 538.

<sup>122</sup> С. Трива, 12.

<sup>123</sup> Б. Познић, В. Ракић Водинелић, 49-50.

<sup>124</sup> На пример, страначка и парнична способност се утврђују на основу одредби материјалног права. С. Трива, 12; *Ibid.*, 49.

<sup>125</sup> Б. Познић, В. Ракић Водинелић, 50.

<sup>126</sup> Један од примера у српском праву је уговор о промени повериоца (цесија), који је неспорно дозвољен као материјално правни институт, али су правила процесног права (извршног и парничног поступка) у свом ефекту до недавно делимично онемогућавала примену одредби материјалног закона о преносу потраживања, јер поверилац на кога је пренето потраживање није могао да покрене или ступи у извршни поступак, односно да ступи у парнични поступак, уколико су ови поступци покренути од стране преносиоца потраживања, а пре преноса потраживања. О овој теми биће додатно речи у оквиру процесно правне анализе деривативне тужбе.

процесни закони могу садржати одредбе материјалног права.<sup>127</sup> На пример, у Закону о облигационим односима постоји неколико одредби процесно правне природе,<sup>128</sup> а ЗПД је још један пример закона који садржи значајан број одредби процесне природе. Када се у конкретном случају постави питање да ли је одређена одредба закона материјалне или процесне природе, поред теоријског, настала дилема има и практични значај, јер разлика у тумачењу утиче на природу одлуке коју суд доноси уколико оцени да не постоје услови за примену одређене процесне, односно материјално правне норме. На пример, разликовање норми на материјално правне и процесно правне је од великог значаја код примене правила о временском важењу закона, које је знатно другачије регулисано код норми материјалног и процесног права.

У српском праву деривативна тужба представља један од примера граничних института између материјалног и процесног права због чега је овој теми потребно посветити посебну пажњу. Деривативна тужба је прописана материјално правним прописом – ЗПД, због чега је потребно разграничити које одредбе закона имају материјално правну, а које процесно правну природу. Такође, потребно је анализирати и одредити међусобну условљеност материјалног и процесног права на примеру деривативне тужбе.

ЗПД непосредно уређује деривативну тужбу у чл. 79 и 80 ЗПД. Чл. 79 ЗПД дефинише услове за подношење деривативне тужбе, као и правила о процесној сукцесији у случају да током поступка члан друштва који је поднео деривативну тужбу, своје акције/уделе пренесе на треће лице, док чл. 80 регулише ступање члана друштва у парницу у својству умешача.<sup>129</sup>

Чл. 79 ЗПД има дуалистичку правну природу јер садржи одредбе материјалног права и једну одредбу која је процесно правне природе. Материјално правну природу имају одредбе чл. 79 ст. 1 ЗПД којима се прописују услови за подношење деривативне тужбе од стране члана друштва, односно активна процесна легитимација за подношење деривативне тужбе. Институт процесне легитимације

---

<sup>127</sup> Г. Станковић, 408.

<sup>128</sup> Боривоје Познић, „Осврт на неке одредбе процесног значаја у Закону о облигационим односима“, *Књига о десетогодишњици, Правни живот II* 1988, 390-406; Михајло Дика, „Неки проблеми процесне операционализације Закона о обавезним односима“, *Књига о десетогодишњици, Правни живот II* 1988, 427-435.

<sup>129</sup> О институту умешача у поступку по деривативној тужби биће речи у другом делу рада, у оквиру процесно правне анализе деривативне тужбе.

није изричито регулисан у Закону о парничном поступку, али теорија одавно познаје овај појам који се сврстава у једну од процесних претпоставки, без чијег постојања поступак не може бити вођен.<sup>130</sup> На сличан начин као што је то случај са осталим процесним претпоставкама које се односе на странке, процесна легитимација увек се утврђује на основу одредби материјалног права.<sup>131</sup> У том погледу чл. 79 ст. 1 ЗПД представља одредбу материјалног права која одређује садржину активне процесне легитимације за подношење деривативне тужбе, те је ова одредба закона стављена искључиво у функцију процесног права. Наиме, у овом случају није реч о одредби материјалног права на основу које ће бити одлучено о основаности деривативне тужбе, већ само о испуњености услова за покретање поступка. Имајући у виду наведено може се закључити да одредбе ЗПД којима се уређује активна процесна легитимација за подношење деривативне тужбе имају ограничену материјално правну природу, јер се њихова сврха исцрпљује тиме што дефинишу које лице има право на покретање парничног поступка по деривативној тужби. Тренутком подношења деривативне тужбе (уколико су испуњени сви законом прописани услови) ове одредбе исцрпљују своју основну функцију, а то је оцена да ли тужилац у конкретном случају има право да води поступак по деривативној тужби. Међутим, потребно је напоменути да чл. 79 ст. 1 у садејству са ст. 2 задржава идентичну функцију током целог поступка, јер процесна легитимација као процесна претпоставка мора постојати не само приликом иницирања поступка, већ и током трајања поступка, све до тренутка (правноснажног) пресуђења.<sup>132</sup>

На основу наведеног проистиче да је ЗПД још један пример материјалног прописа који потврђује тезу о међусобној условљености материјалног и процесног права.

Поред поменутих одредби којима се непосредно уређује деривативна тужба, ЗПД садржи и друге одредбе којима се посредно уређује деривативна тужба. Реч је одредбама закона којима су дефинисана лица која могу бити тужена у поступку по деривативној тужби (пасивна процесна легитимација),<sup>133</sup> као и садржина правне заштите која се може истаћи у форми деривативне тужбе (предмет спора).<sup>134</sup> У овим

---

<sup>130</sup> Б. Познић, В. Ракић Водинелић, 203.

<sup>131</sup> С. Трива, 235.

<sup>132</sup> Вид. Б. Познић, В. Ракић Водинелић, 205. *Ibid.*, 237.

<sup>133</sup> ЗПД, чл. 61, 196, 275.

<sup>134</sup> ЗПД, чл. 64, 67, 71, 74, 76, 196, 275.

случајевима реч је о одредбама материјалног права које утичу на примену процесног права, о чему ће додатно бити речи у оквиру процесно правне анализе деривативне тужбе.

Дакле, на основу свега наведеног може се закључити да деривативна тужба у контексту међусобног односа материјалног и процесног права има двоструку правну природу. Наиме, одредба ЗПД којом се прописују услови за подношење деривативне тужбе, иако у основи материјално правне природе, имају само једну сврху, а то је да одреде активно легитимисана лица за подношење деривативне тужбе. Исту сврху имају и одредбе ЗПД које дефинишу круг лица која могу бити тужена деривативном тужбом. У оба случаја реч је одредбама материјалног права које одређују садржину процесне легитимације као процесне претпоставке за покретање и вођење поступка по деривативној тужби. Такође, одредбе ЗПД којима се дефинишу правне последице (предмет спора) које могу да се захтевају у форми деривативне тужбе, иако неспорно имају значај за поступак мериторног одлучивања о деривативној тужби, оне би требале да имају и процесни значај уколико се у форми деривативне тужбе истакне захтев који не може бити истакнут у форми деривативне тужбе, јер како је наведено у претходним излагањима, поставља се питање да ли има основа доносити мериторну одлуку у ситуацији када се постави тужбени захтев који по самом закону не може бити предмет расправљања у поступку по деривативној тужби. На крају, ЗПД, као материјално правни пропис у чл. 79 ст. 2 и чл. 80 ЗПД садржи одредбе искључиво процесно правне природе које важе само у поступку по деривативној тужби и које одступају од општих правила парничног поступка, те је у том погледу ЗПД један од примера материјалног закона који садржи и чисто процесно правне норме.

#### **4. Деривативна тужба као део расправе о сврси постојања привредног друштва**

У новијој литератури компанијског права деривативна тужба се посматра и са аспекта расправе о сврси постојања привредног друштва.<sup>135</sup> У прилог оваквом схватању деривативне тужбе говори чињеница да се у поступку по деривативној тужби, између осталог, расправља о томе да ли су директори друштва донели исправну пословну одлуку и да ли је потребно подношење тужбе у име друштва, а

---

<sup>135</sup> A. Scarlett (2013), 837, 840.



да би се на ова питања могло одговорити потребно је знати у чијем интересу директори друштва треба да поступају. Управо код овог питања настаје расправа о сврси постојања привредног друштва, јер дилема о томе шта је сврха привредног друштва разрешава се када се установи у чијем интересу друштво треба да постоји и послује. У теорији компанијског права постоје две међусобно различите, а али не нужно искључиве теорије о сврси постојања привредног друштва. Сходно првој теорији примарни интерес унутар друштва је интерес чланова (*Property Conception*), те је основни задатак директора друштва да увећавају профит компаније који ће касније бити расподељен акционарима.<sup>136</sup> Шире посматрано, основна сврха компаније је да доприноси побољшању интереса својих акционара, а исплата дивиденде је само један од начина да се то учини.<sup>137</sup> Сходно другој теорији, сврха постојања компаније није стварање профита за акционаре, већ се компанија схвата као друштвена појава (*Entity Conception*),<sup>138</sup> по ком основу компанија треба да служи заштити интереса других носилаца ризика пословања унутар друштва (запослени, потрошачи, друштво као целина).<sup>139</sup> Дакле, друга теорија компанију схвата као део општег интереса, а не само приватних интереса њених власника.

Дилема о сврси компаније у теорији се назива *Berle-Dodd* дебата, јер је започета почетком 20. века од стране Адолфа А. Берла (енгл. *Adolph A. Berle*) коаутора чувеног дела „*The Modern Corporation and Private Property*“ из 1932. године, који се залагао за приоритет интереса акционара и проф. Мерица Дода (енгл. *Merrick Dodd*) са Харварда, који је у свом чланку „*For Whom Are Corporate Managers Trustees*“ исте године заузео став да компанија треба да служи општој друштвеној сврси, а не само интересима акционара.<sup>140</sup> Ова расправа добија конкретан повод током осамдесетих година 20. века када се догодила експанзија непријатељских преузимања у Сједињеним Америчким Државама.<sup>141</sup> Тада су се развили и одређени механизми одбране од преузимања који су примењивани од стране управе друштва, упркос чињеници да су акционари били сагласни са

---

<sup>136</sup> William T. Allen, „Our Schizophrenic Conception of the Business Corporation“, *Cardozo Law Review* Vol. 14, No. 2 1992, 265.

<sup>137</sup> *Ibid.*

<sup>138</sup> *Ibid.*, 270.

<sup>139</sup> Вид. D. Yosifon, 189.

<sup>140</sup> L. Stout, 1189-1190.

<sup>141</sup> Christopher M. Bruner, „Conceptions of Corporate Purpose in Post-Crisis Financial Firms“, *Seattle University Law Review* Vol. 36, No. 2 2013, 531-533.

преузимањем. У таквим околностима се поставило питање у чијем интересу директори друштва треба да поступају, да ли само у интересу акционара, или и других лица, а идентично питање након тога постављало се у односу на све одлуке које доноси управа друштва. Тренутно, ово питање је и даље актуелно у оквиру теорије корпоративног управљања (трећи агенцијски проблем),<sup>142</sup> што јасно указује да дилема није разрешена, те и даље није дат коначан одговор ни теорије ни праксе у чијем интересу директори друштва треба да поступају приликом доношења пословних одлука и да вероватно коначан одговор није ни могуће дати.<sup>143</sup>

На основу досадашњег америчког искуства констатовано је да дилема може бити разрешена једно на тај начин што се у датом тренутку, законодавство или судска пракса, очигледно приклања једној од наведених теорија.<sup>144</sup>

Када је реч о америчком компанијском праву, теорија констатује да је америчко законодавство углавном прихватило прву концепцију, али се већина аутора не слаже са овим стањем ствари јер сматра да акционари сами не могу чинити једну компанију, нарочито у садашњем тренутку када се развијају мултинационалне компаније, које по значају превазилазе интересе својих власника, из ког разлога интерес акционара не може бити примаран.<sup>145</sup> Међутим, судска пракса и даље, уколико не изричито, онда барем посредно указује да је интерес акционара ипак примаран. Као пример из праксе који се неизоставно цитира приликом излагања о теорији приоритета интереса акционара је случај *Dodge v. Ford* из 1919. године,<sup>146</sup> који се тичао одлуке одбора директора да не исплати дивиденде акционарима, већ је одлучио да профит искористи за унапређење производње како би се постигла мања цена производа. У овом поступку суд је усвојио тужбени захтев акционара и обавезао друштво да исплати дивиденду. Суд је у образложењу пресуде, између осталог, навео да је компанија основана и постоји да би стварала профит за акционаре и да сва овлашћења директора треба да буду

---

<sup>142</sup> John Armour, Henry Hansmann, Reinier Kraakman, Agency Problems, Legal Strategies, and Enforcement, European Corporate Governance Institute, Law Working Paper No. 135/2009, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=1436555>, 12.09.2017, 4.

<sup>143</sup> W. Allen, 280.

<sup>144</sup> *Ibid.*, 276-281.

<sup>145</sup> Вид. D. Yosifon, 226-228; L. Stout, 1194; George Serafeim, The Role of the Corporation in Society: An Alternative View and Opportunities for Future Research, 2013, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=2270579>, 03.04.2018, 1-2.

<sup>146</sup> W. Allen, 267.

усмерена ка том циљу. Неколико деценија касније сматрало се да су судови променили став у погледу хијерархије интереса унутар друштва и то у једном спору који је настао управо поводом непријатељског преузимања – *Unocal v. Mesa* из 1985. године.<sup>147</sup> У овом поступку суд је у пресуди навео да директори када доносе одлуку о томе да ли има места предузимању мера одбране треба да узму у обзир и интересе других носилаца ризика пословања унутар друштва, а не само акционара, а суд је посебно указао да су то повериоци, потрошачи, запослени, чак и друштво као целина. Међутим, ово уверење је кратко трајало јер је исте године донета одлука у предмету *Revlon, Inc. vs MacAndrews & Forbes Holdings, Inc.*,<sup>148</sup> у којој је суд појаснио одлуку која је донета у предмету *Unocal*. Наиме, у предмету *Revlon, Inc.* суд је навео да директори треба да узму у обзир и друге интересе унутар компаније, али само у мери у којој они у крајњем исходу допринесе заштити интереса акционара, односно да управа не може узети у обзир интересе других лица, уколико ти интереси нису рационално повезани са интересима акционара.<sup>149</sup> Коначно, исти став је суд поновио у предмету *eBay v. Newmark* из 2010. године, који се сматра за случај *Dodge 21*. века.<sup>150</sup>

Имајући у виду тренутно стање ствари, не може се оспорити чињеница да унутар једног привредног друштва постоји интерес акционара, а затим у зависности о степена развоја друштва и интереси других лица, који у датој ситуацији могу бити супротстављени, због чега се поставља питање хијерархије интереса. О хијерархији интереса може се полемисати, односно о томе који интерес треба да буде примарни, али коначан одговор на ова питања требало би да буде садржан у прописима компанијског права, а посебно судској пракси. У америчком праву, судска пракса (пре свега државе Делавер), али и законодавстава одређених држава,<sup>151</sup> приоритет

---

<sup>147</sup> C. Bruner, 544.

<sup>148</sup> D. Yosifon, 191-192.

<sup>149</sup> Одлуке донете у предметима *Unocal* и *Revlon* су веома значајне за право преузимања акционарских друштава, те је потребно указати да се нису бавиле само питањима у чијем интересу је управа друштва дужна да поступа. У том погледу у овом раду дато је поједностављено виђење односа ове две одлуке, које је значајно само за предмет истраживања. Више о међусобном односу одлука *Unocal* и *Revlon* и њиховом значају за право преузимања акционарских друштва вид. Вук Радовић, *Мере одбране акционарског друштва од преузимања контроле*, Правни факултет Универзитета у Београду 2008, 142-151.

<sup>150</sup> D. Yosifon, 193.

<sup>151</sup> Постоје аутори који критикују постављање интереса акционара као примарног, али констатују да је то тренутно стање у праву Делавера. *Ibid.*, 181.

дају интересима акционара.

Када је реч о српском праву, одговор на питање у чијем интересу директори друштва, али и остала лица која доносе одлуке у име друштва треба да поступају, налази се управо у одредбама закона којима се дефинише објективни домен примене деривативне тужбе. Полазна тачка за формулисање одговора на постављено питање јесте околност да се све посебне дужности, чија повреда доводи до могућности подношења деривативне тужбе, по самом закону, имају само према привредном друштву.<sup>152</sup> Посебно када је реч о дужности пажње, ЗПД изричито прописује да лица која имају дужност пажње дужна су да у том својству извршавају своје послове у разумном уверењу да делују у најбољем *интересу друштва*.<sup>153</sup> Дакле, ЗПД јасно поставља интерес друштва, а не интерес чланова, као примарни интерес. Наравно, увек остаје отворено питање шта представља интерес привредног друштва и који удео укупног интереса друштва представља интерес његових чланова. Међутим, поред наведеног ЗПД садржи још једну одредбу која може дати смерницу приликом решавања дилеме у којој мери интерес чланова друштва мора бити узет у обзир приликом доношења одлука друштва. Наиме, поред деривативне тужбе, закон као последицу кршења посебних дужности према друштву предвиђа могућност подношења директне тужбе од стране чланова друштва. У том погледу чл. 78 ЗПД прописује да сваки члан друштва (без обзира на проценат учешћа у основном капиталу друштва) може поднети тужбу против лица из чл. 61 овог закона за накнаду штете коју му то лице проузрокује повредом посебних дужности према друштву. Код овакве поставке закона, иако се посебне дужности примарно дугују друштву, неспорно је да приликом доношења сваке одлуке на нивоу друштва мора бити узет у обзир и интерес сваког појединачног члана, како одлука не би била на штету било ког члана друштва.

На крају, потребно је нагласити да поступак по деривативној тужби представља једну од ретких прилика када се може расправљати о томе шта чини садржину појма „интерес друштва“, што свакако представља, једно од најважнијих питања компанијског права, због чега ова тема заслужује посебно место приликом теоријске анализе деривативне тужбе. У том погледу, важно је напоменути да у

---

<sup>152</sup> Сам наслов института у ЗПД јасно наглашава да је реч о дужностима према друштву, а не према носиоцима других интереса, који могу бити одвојени или саставни део интереса друштва.

<sup>153</sup> ЗПД, чл. 63 ст. 1.

поступку по деривативној тужби дефинисање интереса привредног друштва може имати *процесно правни* и *материјално правни* значај. У првом случају, интерес друштва може утицати на дозвољеност тужбе, јер у већини права члановима није дозвољено да наставе поступак по деривативној тужби уколико суд или независан орган друштва оцене да тужба није у интересу друштва, док у другом случају претходно дефинисање интереса друштва је значајно како би се оценило да ли одређена радња представља повреду интереса друштва и самим тим да ли је тужбени захтев основан.

## ГЛАВА III

### ИСТОРИЈСКИ РАЗВОЈ ДЕРИВАТИВНЕ ТУЖБЕ

#### 1. Концепт представничке парнице англосаксонског права

Посматрано изван контекста компанијског права, корени настанка деривативне тужбе се заснивају на концепту представничке парнице англосаксонског права (енгл. *representative litigation*). Наиме, у тренутку када се јавила потреба за формирањем деривативне тужбе већ је постојала идеја о представничкој парници,<sup>154</sup> те је са процесног аспекта било могуће оправдати постојање тужбе у којој интересе друштва не заступа орган друштва (титулар права), већ појединачни чланови, који по редовном току ствари немају овлашћење да судским путем штите права друштва (треће лице). Идеја о представничкој парници је свој коначан облик добила у 19. веку, у случају *West v. Randall* из 1820. године у којем је суд потврдио правило о обавезним учесницима парничног поступка, али и дозвољеност изузетака од тог правила који су до тада били формиран у пракси судова.<sup>155</sup> У том погледу, опште прихватање могућности да се у парници заступају и туђи интереси је допринело настанку деривативне тужбе.

Представничка парница се најједноставније може дефинисати као парница у којој тужилац/тужени, поред сопствених интереса, заступа и интересе трећих лица која нису укључена у поступак, по ком основу ће одлука донета у поступку имати дејство и на одсутна лица. Дакле, кључно обележје представничке парнице је постојање заједничког интереса који припада већем броју лица, који се штити у име целе заједнице, али само од стране њених појединих припадника.<sup>156</sup>

---

<sup>154</sup> Вид. В. Prunty, 982.

<sup>155</sup> Основе идеје о представничкој парници су настале већ на самом почетку развоја енглеског права, вид. *Ortiz v. Fibreboard Corp.*, 527 U.S. 815, 832 (1999); А. Scarlett (2013), 843 фн. 23, 860.

<sup>156</sup> У том смислу статус представника класе може имати само лице које дели заједнички интерес. Вид. Neil Andrews, „Multi-party proceedings in England: representative and group actions“, *Duke Journal of Comparative & International Law* Vol. 11, No. 2 2001, 251. Поред термина представничка парница, присутан је и термин групна парница. На основу доступне литературе проистиче да се наведени термини у америчком праву користе као синоними, док се у енглеском праву појам групна парница односи на посебну врсту поступка у коме учествује већи број лица, али у коме нема заступничког односа, као код колективне тужбе. У овом случају реч је о посебном процесном механизму који омогућава да се о већем броју тужби решава у оквиру истог парничног поступка. Вид. Британски Закон о парничном поступку, одељак 19 В. О концептуалној разлици између америчке и европске представничке парнице вид. Maciej Gas, *Collective redress v. class actions – convergence or divergence*

У литератури се као примери представничке парнице обично наводе колективна и деривативна тужба.<sup>157</sup> У оба случаја идеја о представничкој парници је настала као изузетак од традиционалних правила англосаксонског процесног права. Најпре је настала колективна тужба, као изузетак од правила о неопходном тужиоцу (*necessary party rule*), које захтева да сва лица која имају одређени материјално правни интерес морају бити укључена у поступак.<sup>158</sup> Са друге стране, деривативна тужба је настала само неколико година након колективне тужбе, такође као изузетак од правила о обавезном тужиоцу, али и као изузетак од правила о адекватном тужиоцу (*proper plaintiff rule*), које дозвољава да само титулар материјалног права може тражити заштиту пред судом.<sup>159</sup> У односу на оба правила у пракси су се јавиле ситуације у којима постоји повреда права, али би њихова строга примена онемогућавала подношење тужбе, те су разлози правичности били пресудни за формирање изузетака у виду колективне и деривативне тужбе.<sup>160</sup> У случају деривативне тужбе потреба за формирањем представничке врсте тужбе састојала се у томе да поступак у име друштва не може бити покренут од стране његових органа, јер лица која су надлежна да о томе одлучују требало би да се нађу на месту туженог (дакле тужба није могла да се поднесе од стране самог друштва (титулара права), што представља изузетак од правила о адекватном тужиоцу), а са друге стране није било могуће очекивати да тужбу поднесу сви чланови друштва уместо органа друштва, што би било најприближније ситуацији да је тужба поднета од стране друштва, те је на тај начин дошло до исхода да деривативну тужбу подносе

---

between the European and American solutions on group litigation?, Vilnius University Conference Papers, 2013, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=2732486>, 27.11.2017, 114-124.

<sup>157</sup> A. Scarlett (2013), 841; Dionis Jurić, „Pravo manjinskih dioničara na podnošenje tužbe u ime dioničkog društva protiv članova uprave i nadzornog odbora“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 1/2007, 31.

<sup>158</sup> Geoffrey C. Hazard, „Indispensable party: the historical origin of a procedural phantom“, *Columbia Law Review* Vol. 61, No. 7 1961, 1254.

<sup>159</sup> David Kershaw, The rule in Foss v. Harbottle is dead; Long live the rule in Foss v. Harbottle, LSE Legal Studies, Working Paper No. 5/2013, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=2209061>, 11.02.2016, 1.

<sup>160</sup> Вид. Jacqueline L. Sweeney, The evolution of the class action lawsuit: the original intent of providing fairness and equity for all has yet to be achieved, 2003, доступно на адреси <http://preserve.lehigh.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1827&context=etd>, 06.06.2017, 2; Ann M. Scarlett, Imitation or Improvement? The Evolution of Shareholder Derivative Litigation in the United States, United Kingdom, Canada, and Australia, *Arizona Journal of International and Comparative Law*, Saint Louis U. Legal Studies, Research Paper No. 2011-36, 2011, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=2137864>, 05.02.2016, 593.

појединачни чланови друштва (изузетак од правила о обавезном тужиоцу).

Колективна и деривативна тужба, иако неспорно представљају врсте представничких тужби, разликују се по присутности личног интереса тужиоца у поступку, који је увек непосредно присутан у поступку по колективној тужби, што није случај са тужиоцем који подноси деривативну тужбу. Наиме, у поступку по деривативној тужби тужилац заступа интересе друштва, иако се често указује да тужилац код деривативне тужбе заступа интересе и свих чланова друштва<sup>161</sup> (што самим тим укључује и интересе самог тужиоца као члана друштва). У том погледу деривативна тужба, за разлику од колективне тужбе има наглашен заступнички карактер, јер не постоји непосредан интерес тужиоца који се штити у поступку, већ је то увек интерес друштва, као одвојеног субјекта права. Поред наведеног, разлика постоји и у природи заједничког интереса који се заступа, а који је у случају деривативне тужбе ограничен на правну сферу привредног друштва, док је у случају колективне тужбе знатно шири и по правилу представља део неког општег или јавног интереса.<sup>162</sup> Управо одсуство непосредног личног интереса тужиоца у поступку по деривативној тужби, узрокује потребу успостављања механизма који ће обезбедити да тужилац подношењем тужбе и предузимањем радњи у поступку штити првенствено интересе друштва. У случају колективне тужбе постоји слична потреба, а то је да се обезбеди да тужилац, поред сопствених, узима у обзир и интересе припадника целе класе чији се интереси штите у поступку.<sup>163</sup>

Имајући у виду да је деривативна тужба неспорно пример представничке парнице англосаксонског права, потребно је нагласити да је деривативна тужба тренутно један од ретких примера представничке парнице у српском праву (свакако је једини пример представничке парнице који у истом, или сличном облику постоји у англосаксонском праву). Српско грађанско процесно право се традиционално заснива на индивидуалистичком моделу, у којем се у поступку штите једино права и

---

<sup>161</sup> R. Hamilton, 536. Овај став је на пример изражен у Федералним правилима парничног поступка Сједињених Америчких Држава у којима је изричито наведено да тужилац код деривативне тужбе мора адекватно да заступа интересе других чланова друштва који се налазе у сличној позицији, о чему ће бити речи у наредним излагањима.

<sup>162</sup> Ángel R. Oquendo, Six Degrees of Separation: From Derivative Suits to Shareholder Class Actions, Wake Forest L. Rev. 2013, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=2426460>, 24.02.2018, 10-12.

<sup>163</sup> О проблему адекватног заступања код представничке парнице више вид. Amy M. Koopmann, „A Necessary Gatekeeper: The Fiduciary Duties of the Lead Plaintiff in Shareholder Derivative Litigation“, *The Journal of Corporation Law* Vol. 34, No. 3 2009, 899-900.



интереси странака у поступку. Пре увођења деривативне тужбе у наше право, једино је Закон о облигационим односима предвиђао могућност покретања парничног поступка који је био усмерен ка заштити колективних, а не индивидуалних интереса. Реч је о чл. 156 Закона о облигационим односима којим је прописана тзв. еколошка тужба. Међутим, у овом случају није реч о представничкој парници у правом смислу речи, јер тужбу може поднети било које лице, које не мора бити угрожено радњом или пропуштањем туженог, због чега ова тужба има карактер *actio popularis*, а не колективне тужбе.<sup>164</sup> Недавно је било покушаја да се у српско процесно право уведе тужба за заштиту колективних права и интереса, међутим те одредбе нису опстале, између осталог јер није био дефинисан сам појам колективног права, односно интереса који би се штитио у поступку.<sup>165</sup> Тренутно, поред деривативне тужбе представничке парнице постоје на пример у области заштите потрошача и јавног оглашавања,<sup>166</sup> међутим у оба случаја природа интереса која се штити је другачија у односу на деривативну тужбу, јер произилазе из потребе заштите јавног интереса, док је у случају деривативне тужбе реч о заштити искључиво приватних интереса.

## 2. Настанак и развој деривативне тужбе у англосаксонском праву

Сви радови који се баве темом историјског развоја деривативне тужбе углавном констатују да је деривативна тужба настала у пракси енглеских судова средином 19. века, у чувеном случају *Foss vs Harbottle* из 1843. године, те се врло ретко може наићи на податак да је деривативна тужба настала у неком другом тренутку. У скорије време појавили су се радови који се детаљније баве анализом историјског развоја деривативне тужбе и у којима се износи теза да је деривативна тужба почела са развојем и пре случаја *Foss vs Harbottle*. У англосаксонској литератури компанијског права историјатом деривативне тужбе се најдетаљније бавила проф. Ен Скарлет (енгл. *Ann Scarlett*) у чланку под називом „*Shareholder Derivative Litigation's Historical and Normative Foundations*“, који је објављен 2013.

---

<sup>164</sup> Весна Ракић Водинелић, „Еколошка тужба (члан 156 Закона о облигационим односима)“, *Књига о десетогодишњици, Правни живот II* 1988, 442-443.

<sup>165</sup> Закон о парничном поступку, *Службени гласник РС* бр. 72/11, чл. 494-505, које су проглашене неуставним одлуком Уставног суда ГУз-51/2012 од 23.05.2013. године.

<sup>166</sup> Закон о заштити потрошача, *Службени гласник РС* бр. 62/2014, 6/2016 – др. закон и 44/2018 – др. закон, чл. 145-153; Закон о оглашавању, *Службени гласник РС* бр. 6/2016, чл. 73.

године. Проф. Скарлет је у чланку констатовала да је до тог периода једини озбиљан рад на тему историјског развоја деривативне тужбе објављен још 1957. године.<sup>167</sup>

Детаљнија анализа историјата деривативне тужбе показује да деривативна тужба заиста јесте почела са развојем пре чувеног случаја *Foss vs Harbottle* и да није настала у једном тренутку и једном одређеном судском поступку, већ је била резултат вишедеценијског развоја компанијског права и схватања судова о природи односа између чланова друштва, управе и саме компаније.<sup>168</sup> У том погледу потребно је указати да за разумевање деривативне тужбе као института компанијског права није од пресудног значаја утврдити када је тужба тачно настала и у ком конкретном случају, већ је много значајније утврдити историјски контекст у којем је тужба настала и касније се развијала. За ту сврху свакако је потребно анализирати развој деривативне тужбе у енглеском и америчком праву, јер као што је наведено, деривативна тужба је као облик представничке парнице, заједно са колективном тужбом, настала као изузетак од традиционалних правила англосаксонског процесног права.

На крају, када је реч о самом термину деривативна тужба, анализа историјског развоја тужбе је показала да тужба није од самог настанка носила назив који данас има. Постоје подаци који указују да је термин „деривативна тужба“ у енглеској литератури први пут употребљен тек 1957. године, а у судској пракси 1975. године у случају *Wallersteiner v. Moir*,<sup>169</sup> док исти податак није доступан за америчко право.

## 2.1. Велика Британија

Велика Британија је једна од првих држава која је успоставила правила компанијског права, из ког разлога не изненађује чињеница да је деривативна тужба по свему судећи настала управо у енглеском праву. Енглеско компанијско право првобитно се развијало у пракси судова, док је прва кодификација настала 1862.

---

<sup>167</sup> Реч је о чланку проф. Берта Прунџија (енгл. *Bert S. Prunty*), „The shareholders' derivative suit: notes on its derivation”, који је цитиран и у овом раду. Вид. А. Scarlett (2013), 840.

<sup>168</sup> В. Prunty, 992-994.

<sup>169</sup> Д. Голубовић, 58, фн. 17; В. А. К. Rider, „Amiable Lunatics and the Rule in *Foss v. Harbottle*“, *Cambridge Law Journal* Vol. 37, No. 2 1978, 272 фн. 14.

године,<sup>170</sup> али је деривативна тужба први пут била прописана тек Компанијским законом из 2006. године.<sup>171</sup>

Имајући у виду наведено, развој деривативне тужбе у Великој Британији се може поделити на два основна раздобља. Прво раздобље почиње чувеним случајем *Foss vs Harbottle* из 1843. године, које је трајало све до 2006. године, када је усвојен тренутно важећи Компанијски закон. С обзиром на околност да се деривативна тужба није користила у пракси<sup>172</sup> један од циљева Компанијског закона је био управо редефинисање садржине правила о деривативној тужби и успостављање механизма који ће омогућити већи степен примене тужбе, јер се сматрало да су правила обликована у случају *Foss vs Harbottle* била сувише строга за практичну примену.<sup>173</sup> Пре доношења Компанијског закона из 2006. године, британско право је у Компанијском закону из 1985. године прописивало институт сродан деривативној тужби – *unfair prejudice*,<sup>174</sup> међутим како ће бити објашњено у наредним излагањима, у питању је тужба која је ближа индивидуалној, него деривативној тужби, иако је у оба случаја реч о институтима који су усмерени ка санкционисању понашања управе друштва.

### 2.1.1. Пракса енглеских судова

Пре коначног формирања деривативне тужбе у правилу *Foss vs Harbottle* из 1843. године, током 18. и 19. века у пракси енглеских судова донете су прве одлуке које су представљале основ за формирање правила *Foss vs Harbottle*. Одлуке судова из овог периода показују да се деривативна тужба заправо развила из идеје о колективној тужби у сфери компанијског права. Наиме, како је наведено, једно од основних правила англосаксонског процесног права, које је формирано током 18.

---

<sup>170</sup> A. Scarlett (2011), 590.

<sup>171</sup> A. Scarlett (2013), 860.

<sup>172</sup> Постоји податак да након 1850. године деривативна тужба није имала значајнију улогу у енглеској пракси. *Ibid.*, 859. Такође, сматра се да од тог времена, па све до Компанијског закона из 2006. године, у Енглеској није било озбиљније реформе компанијског права. Arad Reisberg, Corporate Law in the UK after Recent Reforms: The Good, the Bad and the Ugly, Current legal problems, Vol. 63 2010, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=1635732>, 07.08.2016, 3.

<sup>173</sup> Arad Reisberg, Derivative Claims Under the Companies Act 2006: Much Ado About Nothing?, University College London, Law Research Paper No. 09-02 2009, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=1092629>, 05.07.2015, 5-6.

<sup>174</sup> A. Scarlett (2011), 598.

века је правило о обавезној странци (енгл. *necessary party rule*), сходно којем сва заинтересована лица морају бити укључена у поступак, у супротном је тужба недозвољена.<sup>175</sup> Убрзо након настанка овог правила судови су формирали и изузетке од правила јер су препознали да у појединим случајевима постоји заједнички интерес више лица, из ког разлога је оправдано да се само појединима од њих омогући да представљају тај заједнички интерес и да самим тим нема потребе да сва заинтересована лица буду присутна у поступку.<sup>176</sup>

Када је реч о компанијском праву и споровима поводом тужби које су чланови подносили против директора или других лица унутар компаније, изузетак од правила о неопходном тужиоцу је постојао на начин да тужбу нису морали да подносе сви чланови друштва, већ само неки од њих.<sup>177</sup> Конкретно када је реч о спору против директора по тужби чланова, сматра се да је изузетак од правила о обавезном тужиоцу први пут дозвољен 1810. године у случају *Adley v. The Whitstable Co.*<sup>178</sup> Основ за формирање изузетка од правила о обавезном тужиоцу у контексту компанијских спорова је био тај да су судови сматрали да сви чланови друштва деле заједнички интерес и да је самим тим дозвољено да се тај заједнички интерес заступа само од стране појединих чланова.<sup>179</sup> Међутим, током 18. и 19. века судови су у компанијско правним споровима наизменично прихватили или одбијали изузетак од правила о неопходном тужиоцу, али у већини случајева је прихватана тужба коју подносе само поједини, а не сви чланови друштва. У одлукама судова је најчешће навођено да се изузетак од правила о обавезном тужиоцу у случају компанијских спорова темељи на разлозима правичности, али и разлозима практичности када постоји велики број чланова друштва, јер тада осим што би било непотребно укључити све чланове у поступак, у појединим случајевима би могло фактички да доведе и до ускраћивања права на подношење тужбе преосталим члановима који су вољни да учествују у поступку, али су у том спречени због одсуства других чланова.<sup>180</sup> Једино што је било спорно на основу образложења одлука из овог раздобља развоја деривативне тужбе јесте да ли су судови сматрали

---

<sup>175</sup> A. Scarlett (2013), 845.

<sup>176</sup> *Ibid.*, 846.

<sup>177</sup> *Ibid.*, 848.

<sup>178</sup> B. Prunty, 981.

<sup>179</sup> A. Scarlett (2013), 856.

<sup>180</sup> *Ibid.*, 852.

да је реч о тужби која се подноси у име друштва или о тужби која се подноси у име осталих чланова друштва.<sup>181</sup>

#### 2.1.1.1. Правило *Foss vs Harbottle*

Правило *Foss vs Harbottle* из 1843. године је неспорно синоним за појам деривативне тужбе у енглеском праву, али и уопште, што представља својеврстан парадокс јер је суд у овом случају одбио могућност примене деривативне тужбе.

Правило *Foss vs Harbottle* је првенствено било значајно за коначно формирање деривативне тужбе, али је оно значајно и за целокупно компанијско право, с обзиром на то да је овај случај представљао основ да се утемеље два веома важна принципа компанијског права (самосталност правног субјективитета друштва и правило већине), а која су сасвим сигурно имала велики утицај на даљи развој компанијског права. Када је реч о самој деривативној тужби значај правила се састоји у томе да је на основу образложења (негативне) одлуке суда, каснија судска пракса формирала изузетке од правила *Foss vs Harbottle* који су заправо представљали правни оквир деривативне тужбе у енглеском праву, који се задржао све до 2006. године.

##### 1) Чињенице случаја

Поступак је започет тужбом коју су 1842. године поднела два акционара компаније *Victoria Park Company*, Richard Foss и Edward Starkie Turton, у своје име и име свих осталих акционара компаније. Тужени у овом поступку су били директори компаније (Thomas Harbottle, Joseph Adshead, Henry Byrom, John Westhead, Richard Bealey), два адвоката (Joseph Denison, Thomas Bunting) и архитекта компаније (Richard Lane). Тужиоци су навели да је компанија *Victoria Park Company* настала као резултат идеје да се купи 180 ари земљишта у околини Манчестера на којем би се изградиле куће са двориштима и парковима за продају на тржишту. У тренутку када је настала идеја о оснивању компаније (септембар 1835. године), један део земљишта је већ био у власништву тужених, међутим план је био да тужени купе додатно земљиште, како би постали власници што веће површне земљишта коју би касније купила компанија *Victoria Park Company*. Годину дана пре оснивања

---

<sup>181</sup> Вид. *Ibid.*, 848-856.

компаније одржан је састанак са будућим акционарима, односно лицима која су у том тренутку уписала акције, на коме је договорено да ће управо тужени бити директори компаније, усвојен је оснивачки акт компаније, чији је саставни део био и план куповине земљишта. У тренутку када је у парламенту потврђен оснивачки акт компаније (05.05.1837. године), тужени су поседовали више од половине земљишта које је било намењено за куповину од стране компаније. Након оснивања компаније тужени су у својству директора друштва почели са куповином земљишта од стране друштва, међутим, та куповина је, како се у тужби наводи, била на штету друштва, јер је цена била знатно већа од цене по којој су тужени купили исто то земљиште пре него што су га продали компанији. Поред продаје земљишта по знатно већој цени од тржишне, према наводима тужилаца, тужени су исто то земљиште оптеретили хипотекама, како би прибавили средства од банака ради куповине земљишта од стране компаније. Према схватању тужилаца оваквим поступањем тужени су проузроковали штету друштву, при чему су они лично стекли корист, због чега су тужбом захтевали да суд обавезе тужене да друштву надокнаде штету коју су му проузроковали. Тужиоци су подношење тужбе образложили тиме да им не стоји на располагању ниједно средство унутар компаније како би заштитили интересе друштва. Тужени су током поступка између осталог истакли процесне приговоре, односно да два члана друштва не могу поднети тужбу у име других чланова, као ни у име самог друштва и да су остали чланови друштва и само друштво неопходне странке у поступку. Коначно, тужени су истакли да је друштво једини тужилац који би у овим околностима могао да поднесе тужбу, међутим то се није догодило јер је већина чланова донела одлуку да се тужба не поднесе.<sup>182</sup>

## 2) Аргументи суда

Полазећи од изложених чињеница, суд је у овом поступку донео одлуку којом се тужба одбацује, јер је скупштина претходно донела одлуку да друштво не поднесе тужбу, а тужиоци су поступили супротно одлуци скупштине.<sup>183</sup> Суд је негативну одлуку о праву тужилаца на подношење деривативне тужбе засновао на

---

<sup>182</sup> *Foss v. Harbottle*, (1843) 67 Eng. Rep. 189 (Ch.), сажетак чињеница и аргументације суда доступни на адреси: <http://www.worldlii.org/uk/cases/EngR/1843/478.pdf>.

<sup>183</sup> Glive M. Schmitthoff, *The rule of the majority and the protection of the minority in English company law*, The City of London College 1974, 666-668.

правилу о адекватном тужиоцу (*proper plaintiff rule*), које се темељи на одвојености правног субјективитета компаније и њених чланова, као и схватању да нема потребе да суд одлучује о законитости било које радње која након тога у сваком тренутку може бити ратификована од стране органа друштва.<sup>184</sup> Каснија судска пракса је на основу правила о адекватном тужиоцу формирала и додатно правило већинског одлучивања (*majority rule*), које је донекле постојало и пре случаја *Foss vs Harbottle*, али се сматра да је тек тада коначно потврђено,<sup>185</sup> а данас представља једно од темељних принципа компанијског права.

Када је реч о правилу о адекватном тужиоцу суд је у одлуци указао да у случају повреде права компаније, компанија је та која треба да поднесе тужбу ради заштите свог интереса, а не појединачни члан друштва.<sup>186</sup> Појединачни члан друштва може поднети тужбу против директора друштва, али само ради заштите сопствених интереса. Из овог правила проистекло је и правило већине (*majority rule*), односно унутрашње контроле одлучивања. Наиме, имајући у виду да је компанија примарни тужилац, одлука о томе да ли треба да се подносе тужба мора бити израз воље већине у друштву, а не израз воље појединачних чланова друштва.<sup>187</sup> У том погледу, суд је закључио да се не може мешати у унутрашња питања компаније када се о том питању већ изјаснила већина чланова, нити поједини чланови могу оспоравати одлуку већине да се не покрене поступак.<sup>188</sup> Уколико се већина у друштву изјаснила да није за покретање судског поступка, ефекат такве одлуке је правна фикција да је већина у друштву одобрила радњу коју оспоравају појединачни чланови друштва. У околностима када је одлука донета већином гласова, таква одлука обавезује све чланове друштва, па и оне који сматрају другачије, што заправо представља суштину правила већине.

### 3) Елементи правила и изузеци

Имајући у виду наведено закључује се да је у случају *Foss vs Harbottle* успостављено правило да деривативна тужба као опште правило компанијског права

---

<sup>184</sup> D. Kershaw, 4.

<sup>185</sup> Shail Shakyа, *Minority Shareholders' Protection in Corporate Governance: The Rule in Foss v. Harbottle*, 2014, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=2399314>, 03.05.2016, 6-7.

<sup>186</sup> D. Kershaw, 3.

<sup>187</sup> G. Schmitthoff, 667.

<sup>188</sup> *Ibid.*

није дозвољена. Теорија сматра да је правило *Foss vs Harbottle* од самог настанка било садржано од два елемента, који имају природу самосталних правила, а то су правило о адекватном тужиоцу и правило већинског одлучивања. Међутим, у наредном периоду остало је нејасно каква је природа међусобног односа елемената правила, иако је већински став да је реч о једном правилу које има два елемента. У случају *Edwards v. Halliwell* из 1950. године суд је покушао да разреши ову дилему наводећи да се већина у друштву може поистоветити са компанијом, те када се каже да је компанија примарни тужилац, то подразумева да се оставља на вољи већини у друштву да одлучи да ли ће поднети тужбу.<sup>189</sup> У литератури постоји мишљење да је правило о адекватном тужиоцу процесни аспект правила већине, јер правило већине дефинише која лица могу предузети радњу подношења тужбе у име компаније.<sup>190</sup>

Иако је суд пошао од правила да деривативна тужба није дозвољена, у делу образложења одлуке наведено је да, када то захтевају интереси правде, појединачни чланови друштва ипак могу поднети тужбу ради заштите интереса друштва, а нарочито у случају када већина није овлашћена да се изјасни о валидности одређене радње или када је реч о преварним радњама тужених.<sup>191</sup> Међутим, суд у одлуци није навео у којим би тачно околностима чланови друштва имали право на подношење деривативне тужбе и на разјашњење овог спорног питања се прилично дуго чекало. Наиме, конкретни изузеци од оба елемента правила *Foss vs Harbottle* су формиран тек у случају *Edwards v. Halliwell*, а касније прецизирани у случају *Prudential Assurance Co Ltd v Newman Industries* из 1982. године.<sup>192</sup>

У том погледу постојање и домашај деривативне тужбе у првој фази развоја у енглеском праву дефинише се кроз изузетке од правила *Foss vs Harbottle*.

Судска пракса је дефинисала четири изузетка од правила формираног у случају *Foss vs Harbottle*, а који уколико постоје представљају основ да суд дозволи подношење деривативне тужбе. Сви наведени изузеци се заснивају на чињеници да у одређеним околностима није могуће да се већина у друштву изјасни у односу на одређену радњу директора или да друштво као примарни тужилац поднесе тужбу.

---

<sup>189</sup> S. Sharya, 7.

<sup>190</sup> G. Schmitthoff, 667.

<sup>191</sup> A. Scarlett (2013), 858.

<sup>192</sup> F. H. Buckley, „Ratification and the Derivative Action Under the Ontario Business Corporations Act“, *McGill Law Journal* Vol. 22, No. 2 1976, 178; A. Reisberg (2007), 89.



Реч је о следећим изузецима:<sup>193</sup>

1. радњама које су *ultra vires*,
2. радњама које не могу бити одобрене већином гласова чланова друштва, већ је за њихово одобрење потребна квалификована већина,
3. уколико постоји преварно поступање директора друштва (што би представљало повреду дужности лојалности), такве радње већина чланова не може да одобри и
4. већина чланова не може одобрити радњу уколико потенцијални тужени контролишу скупштину друштва.

Последња два изузетка су од 1950. године у пракси и теорији добили нови назив – превара мањине (енгл. *fraud of minority*),<sup>194</sup> али је основа овог изузетка формирана раније у случају *Burland v. Earle* из 1902. године.<sup>195</sup>

У англосаксонској литератури се сматра да од свих наведених изузетака, једино изузетак који се односи на тзв. превару мањине представља прави изузетак од правила *Foss vs Harbottle*, јер је то једини случај када може доћи до повреде интереса друштва, а да друштво није у могућности да поднесе тужбу, јер потенцијални тужени имају контролу над компанијом.<sup>196</sup> Такође, сви остали изузеци су представљали основ и за подношење индивидуалне тужбе, а не само тужбе за рачун друштва. Истовремено, ово је и најспорнији изузетак од правила, јер је судској пракси било тешко да дефинише у којим случајевима постоји превара мањине, а посебно контрола туженог над компанијом.<sup>197</sup> Под појмом „превара“ у овом случају подразумевају се само радње које доводе до стицања личне користи директора на штету друштва.<sup>198</sup> Дакле, штетне радње директора које су биле последица повреде дужности пажње нису представљале изузетак од правила *Foss vs Harbottle*.<sup>199</sup> Међутим, уколико је директор који је непажњом проузроковао штету

---

<sup>193</sup> F. Buckley, 178; Matthew Berkahn, „The Derivative Action in Australia and New Zealand: Will the Statutory Provisions Improve Shareholders’ Enforcement Rights“, *Bond Law Review* Vol. 10, Iss. 1 1998, 80-89.

<sup>194</sup> D. Kershaw, 7.

<sup>195</sup> B. Rider, 273.

<sup>196</sup> *Ibid.*

<sup>197</sup> У пракси је било доста граничних случајева, у којима је било тешко утврдити да ли потпадају под изузетак од правила. Вид. Colin Baxter, „The True Spirit of Foss v. Harbottle“, *Northern Ireland Legal Quarterly* Vol. 38, No. 1, 1987, 19.

<sup>198</sup> A. Reisberg (2007), 91.

<sup>199</sup> D. Kershaw, 10.

друштву вршењем утицаја спречио подношење тужбе од стране компаније, таква ситуација би могла да се квалификује као превара мањине.<sup>200</sup> Са друге стране појам „контрола“ је био још тежи за дефинисање, јер судска пракса није дала јасан одговор када контрола може постојати, изузев када тужени поседује више од 50% гласова у скупштини друштва.<sup>201</sup> У том погледу члановима друштва је у пракси било веома тешко да докажу постојање контроле туженог, што је представљао основни разлог због којег је правило *Foss vs Harbottle* било сувише компликовано за примену и због чега деривативна тужба није много коришћена у пракси.

Поред наведених изузетака од правила *Foss vs Harbottle*, у теорији се помињу још два изузетка, која су мање позната и нису била толико примењивана у пракси. Први изузетак се односи на случај када је друштву проузрокована штета услед повреде индивидуалног права члана друштва, јер ова повреда није могла бити одобрена од стране већине у друштву.<sup>202</sup> На крају, у једном тренутку је у пракси као општи изузетак од правила *Foss vs Harbottle* формиран основ правичности, те су постојала мишљења да би деривативну тужбу требало дозволити у свим оним случајевима када то захтевају интереси правде. Међутим, овај основ није у великој мери прихваћен, јер се сматрало да је сувише неодређен.<sup>203</sup>

Осим општег правила *Foss vs Harbottle*, у појединачним случајевима енглески судови су формирали додатна ограничења права на подношење деривативне тужбе, те нису дозвољавали подношење тужбе уколико је: члановима друштва било доступно друго правно средство; постојала препорука независног органа да поступак није у интересу друштва; компанија у ликвидацији или је сам тужилац стекао неку корист од радње коју оспорава тужбом.<sup>204</sup>

### 2.1.2. Компанијски закон из 2006. године

Правило успостављено у случају *Foss vs Harbottle* и његови изузеци представљали су једини правни оквир деривативне тужбе у енглеском праву све до

---

<sup>200</sup> A. Reisberg (2007), 92.

<sup>201</sup> *Ibid.*, 92-93.

<sup>202</sup> G. Schmitthoff, 671.

<sup>203</sup> F. Buckley, 178. A. Reisberg (2007), 99.

<sup>204</sup> *Ibid.*, 100-101.

2006. године када је усвојен нови Компанијски закон.<sup>205</sup> Приликом припреме новог закона доста пажње је било усмерено ка побољшању законодавног оквира заштите чланова друштва (енгл. *shareholder remedies*), па је самим тим деривативна тужба заузимала значајно место у реформама.<sup>206</sup> Нова деривативна тужба је регулисана у делу XI Компанијског закона.

Идеја законодавца је била да се омогући шири домен примене деривативне тужбе, као и да се успостави ефикасан поступак по тужби, јер се сматрало да је традиционални облик деривативне тужбе у том тренутку био застарео и сувише компликован за примену.<sup>207</sup>

Комисија која је припремала нови закон препознала је неколико проблема који су постојали у функционисању традиционалне форме деривативне тужбе. Прво, уочено је да је постојала правна несигурност у овој области, јер деривативна тужба није била регулисана законом, већ у тешко доступној судској пракси. Отуда, правила функционисања деривативне тужбе нису била доступна свима који су могли бити заинтересовани за њену примену, већ искључиво стручњацима који тужбу примењују у пракси.<sup>208</sup> Из истог разлога било је тешко постићи да се примена тужбе прошири и на нове околности, односно нове дужности директора.<sup>209</sup> Друго, велико ограничење деривативне тужбе је била управо околност да тужбу није било могуће поднети због повреде дужности пажње, јер је било потребно доказати изузетак који се односи на превару мањине, што је било готово немогуће.<sup>210</sup> Треће, чак и у односу на повреду дужности лојалности било је тешко обезбедити примену деривативне тужбе, јер је по правилу било неопходно да тужилац докаже да директори имају контролу над компанијом, а то је било тешко доказати имајући у виду да се појам контроле није довољно искристалисао у пракси.<sup>211</sup>

Полазећи од наведених главних проблема у примени деривативне тужбе комисија која је припремала закон формирала је смернице за дефинисање новог

---

<sup>205</sup> Закон је ступио на снагу 01.10.2007. године. Carsten A. Paul, „Derivative Actions under English and German Corporate Law – Shareholder Participation between the Tension Filled Areas of Corporate Governance and Malicious Shareholder Interference“, *European Company and Financial Law Review* 1/2010, 83.

<sup>206</sup> A. Reisberg (2007), 126.

<sup>207</sup> *Ibid.*

<sup>208</sup> *Ibid.*

<sup>209</sup> *Ibid.*, 127.

<sup>210</sup> *Ibid.*

<sup>211</sup> *Ibid.*, 126.

правног оквира деривативне тужбе. Препорука комисије је била да се формулише деривативна тужба која ће бити ефикасан механизам, али која неће нарушити однос између управе и акционара, односно која неће дозвољавати да акционари преиспитују баш сваку одлуку управе.<sup>212</sup> Отуда, нова деривативна тужба је требало и даље да се темељи на основним начелима успостављеним у правилу *Foss vs Harbottle*, а то су правило о адекватном тужиоцу и правило о унутрашњој контроли одлучивања, а кључно питање на које је требало дати одговор јесте у којим околностима је неопходно да чланови друштва имају право на подношење деривативне тужбе и ко би требало о томе да одлучује.<sup>213</sup> Препорука комисије је била да кључну улогу код ових питања има суд, па је између осталог дефинисала и критеријуме које суд треба да узме у обзир приликом одлучивања о дозвољености деривативне тужбе, а већина критеријума које је комисија предложила се касније нашла у предлогу текста закона (у мање модификованом облику).<sup>214</sup> Додатно, комисија је сматрала да конкретни критеријуми који буду наведени у закону не треба да буду постављени као коначни, већ као примарни, што подразумева да у зависности од особености сваког појединачног случаја и друге околности могу бити узете у обзир приликом одлучивања о дозвољености тужбе.<sup>215</sup> Са процесног аспекта занимљив је став комисије да деривативна тужба треба да задржи представнички карактер у смислу да се тужба подноси у име тужиоца, али и свих чланова друштва (осим тужених), а за рачун компаније, при чему компанија треба да буде на страни туженог, јер не може бити на страни тужиоца (тада би било речи о директној тужби). Овако постављен представнички карактер деривативне тужбе је имао за циљ оправдавање обавезујућег дејства пресуде у односу на друштво и све његове чланове.<sup>216</sup> Препоруке комисије су у већем броју прихваћене, међутим, у каснијем току поступка доношења закона иницијално припремљен текст је у одређеним сегментима измењен.<sup>217</sup>

Иако је идеја законодавца била да формира потпуно нову деривативну тужбу, непосредно након усвајања закона било је доста расправе у литератури о томе у

---

<sup>212</sup> *Ibid.*

<sup>213</sup> *Ibid.*, 128.

<sup>214</sup> Вид. *Ibid.*, 130-131.

<sup>215</sup> *Ibid.*, 131.

<sup>216</sup> *Ibid.*, 130.

<sup>217</sup> *Ibid.*, 125.

којој мери су нова решења одступила од традиционалне форме деривативне тужбе и у којој мери је остварена идеја законодавца да се успостави ефикасна деривативна тужба у контексту прецизирања услова за подношење деривативне тужбе, те је било мишљења да нова правила могу бити тумачена на начин да захтевају исте услове за подношење тужбе као и традиционално правило *Foss vs Harbottle*.<sup>218</sup>

О конкретним решењима енглеског законодавца биће речи у наредном поглављу.

## 2.2. Сједињене Америчке Државе

Развој деривативне тужбе у Сједињеним Америчким Државама (у даљем тексту: САД) заснива се на сличним основама као и развој деривативне тужбе у Енглеској. Наиме, најпре су се током 19. века појавиле прве тужбе које су подносили чланови друштва против директора, а које су судови прихватили као изузетак од правила о обавезном тужиоцу, јер су се тужбе подносиле у име свих одсутних чланова друштва.<sup>219</sup> Сматра се да је прва тужба овог типа поднета у држави Луизијана 1829. године у предмету *Percy v. Millaudon*.<sup>220</sup> Управо због наведеног постоје мишљења да је америчко право од енглеског права преузело само правило о обавезном тужиоцу и изузетке од правила, а да је након тога развило сопствени концепт деривативне тужбе.<sup>221</sup>

Када је реч о томе када је деривативна тужба настала у САД, у теорији је и даље спорно да ли је деривативна тужба у настала САД пре формирања правила *Foss vs Harbottle*. Већина аутора сматра да је деривативна тужба ипак прво настала у САД и то у случају *Robinson v. Smith* из 1832. године,<sup>222</sup> док постоје мишљења и да је деривативна тужба први пут настала годину дана раније, у случају *Taylor v. Miami Exporting Co. 5 Ohio* из 1831. године,<sup>223</sup> али у сваком случају пре настанка правила *Foss vs Harbottle*. Врховни суд САД први пут је одлучивао о деривативној тужби

---

<sup>218</sup> D. Kershaw, 38.

<sup>219</sup> A. Scarlett (2013), 871-872

<sup>220</sup> *Ibid.*, 871.

<sup>221</sup> *Ibid.*, 842, 856.

<sup>222</sup> A. Boyle, 321; *Ibid.*, 873.

<sup>223</sup> B. Prunty, 988; Вид. John Matheson, „Restoring the promise of the shareholder derivative suit“, *Georgia Law Review* Vol. 50, No. 2 2016, 341.

1855. године у случају *Dodge v. Woolsey*,<sup>224</sup> а поједини аутори сматрају да је деривативна тужба тек тада дефинитивно формирана у америчкој судској пракси, те овај случај наводе као прву деривативну тужбу у америчком праву у правом смислу овог појма, што би указивало да деривативна тужба није прво настала у америчком праву.<sup>225</sup>

Међутим, иако можда није спорно да је су први корени деривативне тужбе настали прво у америчком праву, потребно је указати да је правило *Foss vs Harbottle* извршило значајан утицај на функционисање деривативне тужбе у САД, јер се може рећи да је правило *Foss vs Harbottle* допринело да америчка судска пракса утемељи претходни захтев као услов за подношење деривативне тужбе, који данас представља кључно обележје деривативне тужбе у америчком праву, а што ће бити објашњено у наставку. Отуда чини се да су кључна обележја тужбе коју данас називамо деривативном ипак настала у случају *Foss vs Harbottle*.

### 2.2.1. Два циклуса у развоју деривативне тужбе у Сједињеним Америчким Државама

Новија теорија компанијског права сматра да се развој деривативне тужбе у америчком праву одвијао у два циклуса. Први циклус развоја је почео у 19. веку, када је тужба настала и трајао је до средине 20. века, када је почео други период развоја деривативне тужбе.<sup>226</sup>

Основна разлика између два периода развоја деривативне тужбе односи се на схватање сврхе деривативне тужбе од стране судова. У првом периоду развоја деривативна тужба је схватана као тужба којом се штити право чланова друштва да директори поштују дужности према друштву, док се у другом периоду развоја деривативна тужба схватала као тужба која је усмерена ка заштити интереса друштва, а не само интереса његових чланова.<sup>227</sup> Разлика у схватањима је утицала и на изглед поступка, те се у првом периоду тужба подносила у име свих чланова

---

<sup>224</sup> A. Scarlett (2013), 882; J. Matheson, 343.

<sup>225</sup> Melissa Hofmann, *The Statutory Derivative Action in Australia: An Empirical Review of its Use and Effectiveness in Australia in Comparison to the United States, Canada and Singapore*, 2005, доступно на адреси: <http://epublications.bond.edu.au/cgej/13>, 14.12.2014, 3.

<sup>226</sup> A. Scarlett (2013), 843.

<sup>227</sup> *Ibid.*, 891.

друштва, а у другом периоду у име друштва.<sup>228</sup>

У првом периоду развоја деривативне тужбе америчко право је исказало другачији однос према деривативној тужби, у односу на енглеско право, а узрок томе је био другачији однос према компанијским споровима уопште. Наиме, за разлику од енглеских судова, амерички судови су прихватили општу надлежност за решавање интеркомпанијских спорова, јер нису прецизирали конкретне околности у којима постоји надлежност суда за њихово решавање. Са друге стране, енглески судови су тежили да дефинишу конкретне спорне ситуације из области компанијског права које би могле бити решене пред судом (као што је случај са изузетима од правила *Foss vs Harbottle* и мимо тих изузетака деривативна тужба није била дозвољена).<sup>229</sup> Амерички судови су се по овом питању први пут изјаснили у случају *Attorney General v. Utica Ins. Co* из 1817. године,<sup>230</sup> где је суд сматрао да има надлежност за решавање компанијских спорова и да чланови друштва могу поднети тужбу у циљу санкционисања недозвољеног понашања управе друштва. Сматра се да је узрок оваквог схватања судова последица чињенице да су амерички судови однос између директора и чланова друштва посматрали као однос између траста и бенефицијара, те да је било неопходно пружити заштиту члановима друштва као субјектима који су компанију поверили другим лицима на управљање.<sup>231</sup> На тај начин дошло се до закључка да постоји самостално право акционара у виду обавезе директора да поштују дужности према друштву. Коначно, све претходно наведено је довело до схватања да је тужба која је усмерена ка санкционисању понашања директора због повреде дужности према друштву заправо тужба којом се штите интереси самих чланова друштва, а не интереси друштва. Отуда се деривативна тужба у првом раздобљу историјског развоја у америчком праву увек подносила у име тужиоца и свих осталих чланова друштва.

Међутим, без обзира на претходно тумачење, имајући у виду да право које се тужбом штити ипак припада друштву, амерички судови су на сличан начин као и енглески препознали потребу да се дефинишу услови за подношење деривативне тужбе, али су у том погледу били либералнијих схватања. Наиме, амерички судови нису захтевали да тужилац доказује да тужени има контролу над друштвом или да је

---

<sup>228</sup> *Ibid.*, 890.

<sup>229</sup> *Ibid.*, 871.

<sup>230</sup> В. Prunty, 987.

<sup>231</sup> Вид. А. Scarlett (2013), 874.

у питању преварно поступање директора, нити да се о конкретној радњи претходно изјасни скупштина друштва, већ је кључна била околност да ли је друштво неоправдано спречено да поднесе тужбу. Међутим, временом управо код питања услова за подношење деривативне тужбе правило *Foss vs Harbottle* је извршило највећи утицај на америчко право. Сматра се да се америчка судска пракса највише приближила правилу *Foss vs Harbottle* у случају *Hawes v. Oakland* из 1881. године, у коме је суд навео да члан друштва може поднети деривативну тужбу само уколико докаже да је искористио сва средства која му стоје на располагању како би издејствовао обештећење друштва, али које је на крају изостало.<sup>232</sup> Имајући у виду наведено, у теорији се понекад истиче да је одлука донета у овом случају представљала основ за формирање или барем потврду формирања претходног захтева у америчком праву, који данас представља кључно обележје деривативне тужбе у америчком праву. Дакле, правило већине, односно захтев да се друштво изјасни о спорној радњи пре подношења тужбе, што представља основно обележје правила *Foss vs Harbottle*, америчко право је преобликовало у претходни захтев, као један од услова за подношење тужбе. Мора се признати да је претходни захтев као услов за подношење тужбе практичније решење, јер је без обраћања друштву било тешко утврдити које радње могу бити ратификоване, а које не, што је један од главних разлога због којег је правило *Foss vs Harbottle* доста критиковано.

Други период развоја деривативне тужбе у америчком праву је почео око 1940. године, као последица промене схватања судова о томе чије се право штити у поступку. Сматра се да је до промене поимања деривативне тужбе дошло услед појаве јавних друштава и последично идеје о постојању више конститутивних интереса унутар друштва, а не само интереса акционара. Имајући у виду наведено, интерес друштва као самосталан, или пак заједнички интерес је стављен испред интереса акционара и када је реч о деривативној тужби.<sup>233</sup> Тек тада тужба се подносила у име чланова, али за рачун друштва.

---

<sup>232</sup> *Ibid.*, 885. „Demand on Directors and Shareholders As a Prerequisite to a Derivative Suit“, *Harvard Law Review* Vol. 73, No. 4 1960, 746.

<sup>233</sup> A. Scarlett (2013), 904-908.



### 2.2.2. *Правило 23.1 Федералног закона о парничном поступку*

Деривативна тужба у америчком праву први пут је регулисана изменама Федералног закона о парничном поступку из 1966. године, када је уведено правило 23.1, које и данас регулише деривативну тужбу.<sup>234</sup> Федерални закон о парничном поступку је први пут усвојен 1938. године,<sup>235</sup> међутим њиме није била регулисана деривативна тужба, већ се на деривативну тужбу примењивало правило 23 (б) које се заправо односило на колективну тужбу.<sup>236</sup> Имајући у виду да је у пракси постало јасно да колективна и деривативна тужба, иако се заснивају на истој идеји представничке парнице, не могу се поистоветити, јавила се потреба за посебним регулисањем деривативне тужбе, што се догодило изменама Закона о правилима парничног поступка из 1966. године. Правило 23.1 је уређивало појам деривативне тужбе, услове за подношење тужбе, као и услове за предузимање радњи којима се располаже тужбеним захтевом,<sup>237</sup> а садржина ових правила је у основи остала иста до данас. Занимљиво је да је предлог закона предвиђао да деривативна тужба није дозвољена, уколико тужилац не докаже да може адекватно да заступа интересе компаније,<sup>238</sup> међутим кончана верзија која је усвојена је прихватила правило, које и данас важи, а то је да се дозвољеност тужбе цени у односу на могућност тужиоца да адекватно заступа чланове друштва који се налазе у сличној позицији. Управо ова чињеница говори у прилог томе да је питање који је интерес примаран унутар друштва било веома актуелно у време доношења измена закона. Опредељење федералног законодавца да је то интерес акционара, очигледно није било у складу са тадашњим поимањем судова о природи интереса који се штити деривативном тужбом, уколико се узме у обзир да теорија сматра да су судови почев од 1940. године деривативну тужбу схватили као средство заштите интереса друштва као целине, а који се не може поистоветити само са интересом акционара. Са друге стране, текст закона који је усвојен може значити и да закључак који је теорија изнела о разлогу промене схватања деривативне тужбе у судској пракси није у

---

<sup>234</sup> Sherman L. Cohn, *The New Federal Rules of Civil Procedure*, *The Georgetown Law Journal* Vol. 54 1966, доступно на адреси: <http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/1600>, 16.12.2017, 1226.

<sup>235</sup> *Derivative suit settlements: in search of a new lodestar*, *Law and contemporary problems* Vol. 48, No. 3 1985, доступно на адреси: <https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol48/iss3/7>, 16.12.2017, 230.

<sup>236</sup> S. Cohn, 1226.

<sup>237</sup> *Ibid.*

<sup>238</sup> *Ibid.*, 1227.

потпуности тачан.

### 2.2.3. Модел закон и закони држава чланица

Поред федералног Закона о парничном поступку, деривативна тужба је прописана у већини закона држава чланица федерације, чији се компанијски закони углавном ослањају на модел закон који је усвојила Америчка адвокатска комора 1950. године (МВСА), који је касније мењан више пута (најзначајније измене су унете 1984. године).<sup>239</sup>

Последње измене МВСА датирају из 2016. године.<sup>240</sup> МВСА није прихватило законодавство државе Делавер, које је иначе најзначајније за компанијско право. У Делаверу, деривативна тужба је регулисана правилима парничног поступка који се спроводи пред судом који је по општим правилима надлежан за одлучивање о деривативној тужби (*Court of Chancery*).<sup>241</sup> Реч је о правилу 23.1, као што је то случај и са Федералним законом о парничном поступку. Такође, деривативна тужба се помиње у поглављу XIII Компанијског закона Делавера,<sup>242</sup> али је основа тужбе регулисана процесним правом. За разлику од федералног Закона о парничном поступку, МВСА за потребе оцене дозвољености тужбе, поставља интерес друштва као примарни, а не интерес акционара, што је у складу са новим схватањем деривативне тужбе у америчком праву,<sup>243</sup> док парнична правила Основног суда Делавера не одређују чији интереси треба да се штите тужбом у контексту оцене дозвољености тужбе.

## 3. Европско право

Данас већина европских држава прописује деривативну тужбу, иако се тужба у свим европским државама ретко примењује у пракси.<sup>244</sup> У европском праву

---

<sup>239</sup> A. Scarlett (2013), 896; A. Scarlett (2011), 573; D. Jurić, 33 фн. 105.

<sup>240</sup> Текст МВСА, доступан на адреси: <https://apps.americanbar.org/dch/committee.cfm?com=cl270000>.

<sup>241</sup> Правила доступна на адреси: [https://courts.delaware.gov/rules/pdf/ChanceryRuleSet\\_blackline-version7-18-17.pdf](https://courts.delaware.gov/rules/pdf/ChanceryRuleSet_blackline-version7-18-17.pdf).

<sup>242</sup> Закон доступан на адреси: <http://delcode.delaware.gov/title8/c001/index.shtml>.

<sup>243</sup> Вид. МВСА, § 7.41 и Правило 23.1 парничног поступка Основног суда Делавера (*Court of Chancery*).

<sup>244</sup> Martin Gelter, Why do Shareholder Derivative Suits Remain Rare in Continental Europe?, ECGI – Law Working Paper No. 190/2012, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=2000814>, 28.08.2017, 891.

деривативна тужба је почела да се развија такође у 19. веку, а регулатива деривативне тужбе је прилично различита од државе до државе.

У наставку биће речи о кратком историјату деривативне тужбе у француском, немачком и аустријском праву.

### 3.1. Француско право

Сматра се да су корени деривативне тужбе у француском праву настали 1867. године.<sup>245</sup> Наиме, француско право је тада познавало тужбу коју су подносили чланови друштва који имају 20% капитала у друштву, против директора који су својим поступањем нанели штету друштву.<sup>246</sup> Међутим, у овом случају накнада штете је припадала члановима друштва, а висина штете коју је појединачни члан могао да захтева била је процентуално ограничена, тако да висина досуђене штете одговара сразмери удела који тужилац има у друштву.<sup>247</sup> Управо ово обележје тужбе говори да ипак није била у питању деривативна тужба, јер накнада није припадала друштву већ тужиоцу. Овакво стање ствари је постојало све до 1966. године, када је француско право први пут прописало деривативну тужбу у данашњем значењу овог института, јер је штета припадала друштву, али више није било ни капитал цензуса као услова за подношење тужбе.<sup>248</sup> Тренутно је деривативна тужба у француском праву регулисана изменама Трговачког закона из 2001. године.<sup>249</sup>

### 3.2. Немачко, аустријско и остала европска права

У немачком праву, идеја о потреби увођења деривативне тужбе је настала у 19. веку, међутим увођење тужбе је уследило доста времена након настанка те идеје.<sup>250</sup> У Немачкој је постојала бојазан да би увођење деривативне тужбе угрозило процес доношења одлука у друштву и да би отворило пут злоупотребама од стране

---

<sup>245</sup> Dan W. Puchniak, Harald Baum, Michael Ewing-Chow, *The Derivative Action in Asia: A Comparative and Functional Approach*, Cambridge University Press 2012, 82.

<sup>246</sup> *Ibid.*, 83.

<sup>247</sup> *Ibid.*

<sup>248</sup> *Ibid.*

<sup>249</sup> *Ibid.*

<sup>250</sup> *Ibid.*, 72.

чланова друштва који би имали право на подношење тужбе.<sup>251</sup> Наиме, један од првих чланака у којем се аутор залаже за увођење деривативне тужбе објављен је у Немачкој још 1847. године, међутим чланак је био доста критикован од стручне јавности.<sup>252</sup> Чак и неколико деценија касније, 1877. године тадашњи Врховни суд Немачке је изричито одбио могућност примене деривативне тужбе, са образложењем да је таква тужба супротна природи компаније.<sup>253</sup> Идеја о увођењу деривативне тужбе је поново настала 1880. године на XV конференцији немачких правника.<sup>254</sup> Коначно, модификовани облик деривативне тужбе први пут је уведен у немачко право Трговачким закоником из 1884. године, а затим је измењен Трговачким закоником из 1897. године и 1937. године.<sup>255</sup> Закон из 1884. године је као услов за подношење модификованог облика деривативне тужбе прописивао 20% учешћа у капиталу, док су измене закона из 1897. године капитал цензус снизиле на 10%. Правила о трошковима поступка су била велико ограничење за подношење тужбе, јер би тужилац у случају губитка спора морао да сноси све трошкове поступка.<sup>256</sup> Након тога деривативна тужба је била регулисана Законом о акционарским друштвима из 1965. године.<sup>257</sup> У свим наведеним случајевима реч је о модификованом облику деривативне тужбе, јер мањински чланови друштва нису имали овлашћење да тужбу поднесу у своје име, а за рачун друштва. У овом случају право мањинских чланова друштва се састојало у томе да могу захтевати подношење тужбе од стране друштва, те да уколико то не буде учињено имају овлашћење да именују, односно захтевају именовање посебног заступника који ће заступати друштво у спору, уместо лица која су иначе овлашћена да заступају друштво.<sup>258</sup> Деривативна тужба, у правом значењу тог института, у немачко право је уведена тек 2005. године када је Законом о интегритету предузећа и модернизацији права побијања (*Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG)*), измењен Закон о акционарским друштвима и уведен

---

<sup>251</sup> D. Jurić, 40.

<sup>252</sup> D. Puchniak, H. Baum, M. Ewing-Chow, 73.

<sup>253</sup> *Ibid.*

<sup>254</sup> *Ibid.*

<sup>255</sup> *Ibid.* D. Jurić, 40 фн. 126.

<sup>256</sup> D. Puchniak, H. Baum, M. Ewing-Chow, 73.

<sup>257</sup> D. Jurić, 40 фн. 126.

<sup>258</sup> Arno L. Eisen, Limitations on Derivative Actions in Germany and Japan to Prevent Abuse, *Journal of Japanese Law* Vol 17, No 34 2012, доступно на адреси: <https://www.zjapanr.de/index.php/zjapanr/article/view/64>, 27.11.2017, 203-204.

нови чл. 148 који и данас уређује деривативну тужбу.<sup>259</sup> Увођење праве деривативне тужбе било је усмерено ка повећању броја поступака против чланова управе, јер је уочено да се постојећи облик деривативне тужбе не примењује у пракси.<sup>260</sup> Један од разлога који су подстакли реформе немачког компанијског права која се догодила 2005. године је повећање броја стечајева великих компанија који су били последица злоупотребе менаџмента, те је било потребно успоставити додатне механизме за јачање корпоративне одговорности.<sup>261</sup>

У Аустрији деривативна тужба је уведена Законом о акционарским друштвима из 1965. године, који се у великој мери ослања на регулативу немачког Трговачког законика из 1937. године.<sup>262</sup>

У осталим европским држава деривативна тужба је уведена знатно касније, на пример у Словенији 1997. године,<sup>263</sup> Италији 1998. године,<sup>264</sup> а у Хрватској 2003. године (хрватско право је у основи прихватило немачко уређење које је постојало пре последњих измена из 2005. године).<sup>265</sup>

#### 4. Развој деривативне тужбе у српском праву

Како је већ наведено, деривативна тужба је први пут уведена у српско право Законом о предузећима из 1996. године који ступио на снагу 04.07. исте године (у даљем тексту ЗП 1996). Након тога, деривативна тужба је значајно измењена одредбама Закона о привредним друштвима из 2004. године (у даљем тексту ЗПД 2004),<sup>266</sup> а касније и одредбама ЗПД из 2011. године, који је ступио на снагу 01.02.2012. године.

У овом делу излагања биће дат историјски приказ законодавног оквира деривативне тужбе у српском праву, док ће одредбе позитивног законодавства бити представљене у наредном поглављу.

---

<sup>259</sup> D. Jurić, 40.

<sup>260</sup> *Ibid.*

<sup>261</sup> Theodor Baums, „Company Law Reform in Germany“, *Journal of Corporate Law Studies* Vol. 3, No. 1 2003, 181.

<sup>262</sup> Theodor Baums, Richard M. Buxbaum, Klaus J. Hopt, *Institutional Investors and Corporate Governance*, Walter de Gruyter 2010, 466.

<sup>263</sup> D. Jurić, 38 фн. 121.

<sup>264</sup> Paolo Giudici, „Representative Litigation in Italian Capital Markets: Italian Derivative Suits and (if ever) Securities Class Actions“, *European Company and Financial Law Review* 2-3/2009, 246.

<sup>265</sup> D. Jurić, 37.

<sup>266</sup> Закон је почео са применом 30.11.2004. године и важио је до 01.02.2012. године.

#### 4.1. Закон о предузећима (1996)

ЗП 1996 је био први компанијски закон у Србији који је требало да одговори потребама тржишно оријентисане привреде. Закон је након доношења међан неколико пута, али се измене нису тичале одредби о деривативној тужби. Такође, у самој фази доношења закона, одредбе о деривативној тужби, иако су представљале потпуну новину у нашем праву, нису биле предмет интересовања у скупштинској расправи, услед чега су одредбе о деривативној тужби коначно формулисане у предлогу закона, у истом облику усвојене у самом тексту закона који је потврђен у Савезној скупштини.<sup>267</sup> Закон је садржао 450 чланова, који су били подељени у шест глава.

Иако је данас неспорно да је деривативна тужба у српско право први пут уведена ЗП 1996, потребно је напоменути да закон није користио термин деривативна тужба, већ је члан закона који је уређивао деривативну тужбу носио назив „Тужба за накнаду штете“. Међутим, да је реч управо о деривативној тужби говори садржина поменутог члана закона, али и чињеница да је исти члан закона познавао термин „вишеструка деривација“, који се односио на деривативну тужбу у оквиру група привредних друштава. Термин „деривативна тужба“ српски законодавац је први пут употребио у ЗПД 2004.

Законодавни оквир деривативне тужбе у ЗП 1996 био је дефинисан у чл. 72 и 73, у оквиру Првог дела закона, који је уређивао опште институте компанијског права (иако из стила ових одредби проистиче да деривативна тужба није била дозвољена у случају друштава лица и да самим тим није имала карактер општег института компанијског права).

Чл. 72 ЗП 1996 било је прописано да (1) чланови управе одговарају солидарно за штету коју својом одлуком проузрокују предузећу, повериоцима и власницима ако је та одлука донесена грубом непажњом или с намером да се штета проузрокује, (2) одредба става 1. овог члана сходно се примењује и на ликвидатора, (3) лица из ст. 1. и 2. овог члана не носе одговорност ако издвоје своје мишљење у записник.

Чл. 73 ЗП 1996 било је прописано да (1) скупштина друштва капитала може

---

<sup>267</sup> До наведеног закључка се долази на основу извештаја одбора за тржиште и развој Савезне скупштине о разматрању Предлога Закона о предузећима од 18.06.1996. године, који је доступан у Архиву Југославије.

покренути поступак пред надлежним судом против чланова управе који су донели одлуку којом се наноси штета предузећу на начин из става 1. члана 72. овог закона, (2) поступак из става 1. овог члана могу покренути управни и надзорни одбор, чланови и акционари који имају или представљају најмање десетину основног капитала или статутом одређен мањи део, као и повериоци предузећа чија потраживања износе најмање десетину основног капитала ако скупштина, на њихов захтев, не покрене поступак у року од 30 дана од дана подношења захтева, а у хитним случајевима и одмах, као и у случају кад чланови управе имају већину гласова у скупштини, (3) одредбе ст. 1. и 2. овог члана примењују се и на акционаре, чланове и повериоце повезаних предузећа (вишеструка деривација), (4) акционари, чланови и повериоци обавештавају предузеће о покренутом спору, (5) акционари, чланови и повериоци који успеју с тужбеним захтевом у целини или делимично имају право на накнаду трошкова од предузећа, (6) по тужби из ст. 1. и 2. овог члана суд може, поред накнаде штете, поништити оспорену одлуку, односно правни посао ако је могућа реституција или ако то не проузрокује штету трећем савесном лицу, (7) поступак из ст. 1. и 2. овог члана је хитан.

Имајући у виду наведене одредбе ЗП 1996 може се закључити да је најпре у чл. 72 био дефинисан објективни домен примене тужбе за накнаду штете, а затим и пасивна легитимација. Након тога, чл. 73 је уређена активна легитимација за подношење тужбе, при чему се тумачењем ове одредбе закона може доћи до (спорног) закључка да се део одредбе односио на активну легитимацију за подношење директне тужбе, а други део на активну легитимацију за подношење деривативне тужбе.

Када је реч о објективном домену примене деривативне (и директне) тужбе најпре се уочава да је искључена штета која је проузрокована обичном непажњом, с обзиром на то да је по закону одговорност постојала само у случају штете која је проузрокована крајњом непажњом или намером. Даљи закључак који се изводи из овог правила јесте да је на тужиоцу био терет доказивања, како постојања штете и узрочне везе, тако и кривице туженог за насталу штету.<sup>268</sup> Када је реч о кругу пасивно легитимисаних лица по ЗП 1996 неопходно је било консултовати и друге

---

<sup>268</sup> Опште је познато да се у српском праву претпоставља само обична непажња, док се крајња непажња и намера морају доказати од стране тужиоца. Овај став је заузет 1980. године као начелан правни став XIV заједничке седнице Савезног суда, Врховног војног суда и врховних судова република и покрајина.

одредбе закона. Наиме, чл. 72 ЗП 1996 каже да су то чланови управе. Појам чланова управе је био дефинисан у чл. 60 ЗП 1996, којим је било прописано да су органи предузећа скупштина, као орган власника, управни одбор, као орган управљања, директор, као орган пословођења, надзорни одбор, као орган надзора, а затим и да управни одбор и директор предузећа, у смислу овог закона, чине управу предузећа. Имајући у виду ову одредбу закона, проистиче да су из субјективног домена примене, у смислу пасивне легитимације за подношење тужбе били искључени чланови друштва. Поред чланова управе (управни одбор и директор предузећа), деривативна тужба је била дозвољена и против чланова надзорног одбора, јер је ЗП 1996 у чл. 280 прописивао сходну примену чл. 72 и 73, којима је регулисана деривативна тужба и на одговорност овог органа предузећа.

Затим, када је реч о активној легитимацији, систематским тумачењем чл. 73 ЗП 1996, закључује се да су активну легитимацију за подношење деривативне тужбе имали чланови/акционари који поседују захтевани капитал цензус и повериоци друштва. Са друге стране, када закон наводи скупштину као активно легитимисано лице, чини се да није спорно да је реч о директној тужби, јер одлуку доноси орган друштва. Додатно, закон је прописивао да се претходни захтев подноси скупштини друштва, на основу чега се закључује да је скупштина била орган овлашћен за подношење директне тужбе. Проблем при утврђивању круга активно легитимисаних лица за подношење деривативне тужбе нарочито је постојао у односу на управни и надзорни одбор, јер је у овом случају посебно било спорно да ли је реч о директној или деривативној тужби. На закључак да је реч о деривативној тужби наводи правило да управни и надзорни одбор могу поднети тужбу само уколико се претходно обрате скупштини, а скупштина у року од 30 дана не поднесе тужбу у име друштва. Са друге стране, на закључак да је у овом случају реч о директној тужби упућују одредбе чл. 73 ст. 4 и 5, којима је прописана обавеза само чланова друштва и повериоца да друштво обавесте о покренутом спору, као и право ових тужилаца на накнаду трошкова поступка од стране друштва, уколико се поступак успешно оконча. Ове одредбе се не примењују уколико тужбу поднесе управни или надзорни одбор, те се може тумачити да је тада реч о тужби која се подноси у име друштва, а не о деривативној тужби. Такође, управни и надзорни одбор немају статус субјекта права, па самим тим не би ни било могуће да тужбу поднесу у своје име, а за рачун предузећа.



Претходно изнета дилема се додатно компликује садржином чл. 73 ст. 3, који је уређивао вишеструку деривацију. Наиме, у овој одредби закон тужбу која је поднета у оквиру групе привредних друштава, од стране било ког лица из претходна два става, назива вишеструком деривацијом, те се може тумачити да је чл. 73 (а нарочито ст. 2) ЗП 1996 била регулисана само деривативна тужба.

Имајући у виду насталу дилему, потребно је указати да ни теорија компанијског права која датира из периода важења ЗП 1996 није била једногласна око питања ко се сматра тужиоцем код деривативне тужбе посматрано у односу на чл. 73 ст. 2 ЗП 1996. Дилема која постоји у односу на управни и надзорни одбор као потенцијалне тужиоце делом је процесно правне природе, с обзиром на околност да ови органи предузећа немају правни субјективитет, па самим тим не би могли бити тужиоци у поступку.

По овом питању у делу теорије је изнето тумачење да је тужилац увек друштво, дакле да чл. 73 ст. 2 није прописивао деривативну тужбу.<sup>269</sup> Са друге стране, други део теорије (који је био у већини) сматрао је да чл. 73 ст. 1 прописује директну тужбу (у коме се помиње скупштина друштва као подносилац тужбе), док чл. 73 ст. 2 уређује деривативну тужбу, те и кад је тужба поднета од стране управног или надзорног одбора, а не само поверилаца и појединачних чланова, реч је о деривативној тужби.<sup>270</sup> Овај део теорије је свој став заснивао на чл. 77 тада важећег Закона о парничном поступку који је прописивао да се посебним прописима уређује ко осим физичких и правних лица може бити странка у поступку, те је на тај начин изведен закључак да је ЗП 1996 било прописано да тужиоци могу бити управни или надзорни одбор, као органи друштва (поред повериоца и чланова), иако немају статус правног лица.<sup>271</sup> Међутим, исти закључак је онда могуће применити и на скупштину друштва као тужиоца из чл. 72. ст. 1 ЗПП 1996, те би се у крајњем исходу дошло до закључка да ЗП 1996 није прописивао директну, већ само деривативну тужбу, што не би било одрживо решење (чак и сами аутори наводе да када скупштина поднесе тужбу, тужилац је предузеће). У прилог томе да је реч о деривативној тужби, само када тужбу подносе чланови друштва и повериоци,

---

<sup>269</sup> Вид. Горан Савић, „Накнада штете по Закону о предузећима“, *Правни живот* 11/1998, 378.

<sup>270</sup> *Ibid.* Драган Вујисић, „Специфичности правног статуса директора у Закону о предузећима“, *Право и привреда* 5-8/1999, 189. Вид. Драган Вујисић, „Управни одбор акционарског друштва“, *Право и привреда* 11-12/1999, 68-69.

<sup>271</sup> Г. Савић, 378.

највише говори одредба чл. 73 ст. 5 ЗП 1996 о трошковима поступка, јер се не види разлог због чега би управни или надзорни одбор на овај начин био стављен у неповољнији положај у односу на чланове друштва или повериоце. Управни и надзорни одбор је био искључен из чл. 73. ст. 5, вероватно јер је законодавац у овом случају сматрао да је тужилац друштво које као странка у поступку сноси трошкове, односно има право на надокнаду трошкова од супротне стране.<sup>272</sup>

Као закључак може се истаћи да су одредбе о деривативној тужби у ЗП 1996 представљале не само потпуну новину у српском праву, већ су садржале и решења која по начелима (не и самој садржини) одговарају данашњим стандардима деривативне тужбе, нарочито када је реч о правилима о трошковима поступка, начелу хитности поступка, обавези да се друштво обавести о покренутом спору и могућности да повериоци поднесу тужбу.

#### 4.2. Закон о привредним друштвима (2004)

ЗПД 2004 је унео доста новина у српско компанијско право, а исти закључак се односи и на уређење деривативне тужбе. Једна од карактеристика уређења деривативне у ЗПД 2004 јесте да је нови правни оквир деривативне тужбе био функционално повезан са другим новинама закона.

Поред чињенице да је закон први пут користио термин „деривативна тужба“ најважнија новина ЗПД 2004 односила се на измене објективног домена примене деривативне тужбе. Наиме, ЗПД 2004 деривативна тужба је по први пут у српском праву била везана за повреду посебних дужности према привредном друштву, које су такође уведене овим законом.<sup>273</sup> У оквиру теоријске анализе деривативне тужбе било је речи о томе да су посебне дужности и деривативна тужба два уско повезана института, која тешко функционишу без истовременог присуства у одређеном праву. Међутим, када је деривативна тужба уведена у српско право, ЗП 1996 није познавао концепт посебних дужности према друштву, што је вероватно утицало на

---

<sup>272</sup> На овај закључак упућује и то да је један од нацрта чл. 73 ЗП 1996 био структуриран на начин да су чланови друштва и повериоци, као тужиоци код тужбе за накнаду штете против директора, били наведени у одвојеном ставу у односу на скупштину, управни и надзорни одбор. Вид. Бојана Рилке, „Одговорност органа предузећа за штету причињену предузећу“, *Правни живот* 11/1995, 109-110.

<sup>273</sup> Лица која имају посебне дужности према друштву наведена су ЗПД 2004, чл. 31. Закон је прописивао следеће посебне дужности према друштву: дужност пажње, дужност лојалности, забрана конкуренције и чување пословне тајне. Вид. ЗПД 2004, чл. 32-38.

недостатак примене деривативне тужбе у пракси. Отуда, може се рећи да су се функционални услови за примену деривативне тужбе у нашем праву стекли тек 2004. године, доношењем новог ЗПД. Међутим, потребно је напоменути да ЗПД 2004 није у потпуности ускладио функционисање посебних дужности према привредном друштву и деривативну тужбу, као један од механизма судске заштите посебних дужности. Наиме, ЗПД 2004 иако је прописивао неколико правних последица повреде посебних дужности према друштву, дозвољавао је да се у форми деривативне тужбе захтева само накнада штете, али не и друге последице предвиђене законом.<sup>274</sup>

Поред претходно наведеног, ЗПД 2004 је донео следеће новине уређења деривативне тужбе.

Прво, када је реч о субјективном домену примене дошло је до промена како у погледу активне, тако и у погледу пасивне легитимације у поступку по деривативној тужби. У односу на пасивну легитимацију дошло је до проширења круга субјеката који могу бити тужени у поступку по деривативној тужби, у односу на решења из ЗП 1996. Проширење круга пасивно легитимисаних лица је настало као последица везивања деривативне тужбе за повреду посебних дужности према друштву. Поред чланова управе (чланови управног и извршног одбора), посебне дужности према друштву имали су ортаци, комплементари, контролни члан друштва са ограниченом одговорношћу или акционарског друштва, заступници друштва, чланови надзорног одбора, чланови одбора ревизора, интерни ревизор, лица која имају уговорна овлашћења да управљају пословима привредног друштва и ликвидациони управник.<sup>275</sup> Са друге стране, у односу на активну легитимацију за подношење деривативне тужбе, значајно је смањен круг легитимисаних лица у односу на ЗП 1996. Наиме, према ЗПД 2004 деривативну тужбу је могао поднети само члан друштва који има својство командитора, члана или акционара у време подношења тужбе или ако то својство стекне по основу прибављања удела или акција од лица које је имало то својство у време подношења тужбе и ако поседује уделе или акције

---

<sup>274</sup> ЗПД 2004, чл. 41 ст. 1. На пример, ЗПД 2004, чл. 37 је прописивао да у случају повреде правила сукоба интереса и дужности забране конкуренције, друштво поред захтева за накнаду штете има право да захтева да се послови које изврши то лице за свој рачун признају као послови извршени за рачун привредног друштва, затим да се привредном друштву преда сваки новчани износ који је остварен од послова који су обављени за рачун тог лица и да се сва потраживања која произлазе из посла извршеног за рачун тог лица уступе привредном друштву.

<sup>275</sup> ЗПД 2004, чл. 31.

у привредном друштву који представљају најмање 5% основног капитала друштва, уз услов да се пре подношења тужбе обрати друштву са захтевом за покретање поступка.<sup>276</sup> Дакле, ЗПД 2004 је искључио могућност да деривативна тужба буде поднета од стране органа управе или поверилаца друштва. Додатно, ЗПД 2004 није предвиђао могућност да се деривативна тужба подноси унутар групе привредних друштва (вишеструка деривација).

Друга група новина се односила на изглед и ток поступка по тужби. У том погледу ЗПД 2004 је детаљније регулисао подношење претходног захтева, те је законом дефинисан орган друштва којем се подноси претходни захтев, као и последице доношења негативне одлуке о поднетом захтеву.<sup>277</sup> Са друге стране, за разлику од ЗП 1996, ЗПД 2004 није прописивао изузетке од обавезе подношења претходног захтева. Затим, ЗПД 2004 је садржао веома важно правило, а то је да поступак по деривативној тужби није могао бити окончан вансудским путем,<sup>278</sup> које је отворило дилему о праву тужиоца да располаже тужбеним захтевом у поступку по деривативној тужби, уопште, а не само у виду закључења вансудског поравнања. У односу на трошкове поступка, ЗПД 2004 је у основи задржао решење из ЗП 1996, те је прописивао да у случају успеха у поступку, тужилац од друштва може захтевати надокнаду трошкова.<sup>279</sup> Такође, у овом делу ЗПД 2004 је изричито прописивао да остварена накнада у поступку припада друштву, што је деловало као сувишна одредба, јер у супротном не би било речи о деривативној тужби.<sup>280</sup> Затим, ЗПД 2004 је на директнији начин у односу на ЗП 1996 искључио могућност примене деривативне тужбе код друштава лица, посебно код ортачких друштва, али је ипак дозволио да се оснивачким актом или уговором ортака домен примене деривативне тужбе прошири и на ортачко друштво.<sup>281</sup> На крају, ЗПД 2004 је продужен субјективни рок за подношење тужбе, са 90 дана колико је било прописано ЗП 1996, на 180 дана, док је објективни рок од три године остао исти.<sup>282</sup>

Након неколико година примене ЗПД 2004, донет је нови ЗПД, који је почео са применом 01.02.2012. године и који је још увек на снази. Нови закон је донео

---

<sup>276</sup> ЗПД 2004, чл. 41 ст. 2.

<sup>277</sup> ЗПД 2004, чл. 41 ст. 3, 4.

<sup>278</sup> ЗПД 2004, чл. 41 ст. 5.

<sup>279</sup> ЗПД 2004, чл. 41 ст. 6.

<sup>280</sup> ЗПД 2004, чл. 41 ст. 6.

<sup>281</sup> ЗПД 2004, чл. 41 ст. 7.

<sup>282</sup> ЗП 1996, чл. 75; ЗПД 2004, чл. 47. ст. 3.

промене законодавног оквира деривативне тужбе, али не у толикој мери као што је то био случај са ЗПД 2004 у односу на ЗП 1996. На основу текста образложења предлога ЗПД може се закључити да је идеја законодавца приликом доношења новог закона била усмерена на прецизирање (сужавање) круга лица која имају активну легитимацију за подношење деривативне тужбе, међутим тај циљ није остварен, јер је ЗПД у том делу у односу на чланове друштва прихватио исто решење као и ЗПД 2004, а додатно је учинио спорним да ли је деривативна тужба дозвољена код друштава лица. ЗПД из 2011. године је до данас неколико пута мењан, а измене из 2018. године су обухватиле и деривативну тужбу, о чему ће бити посебно речи у наредним излагањима.

## ГЛАВА IV

### ЗАКОНОДАВНИ ОКВИР ДЕРИВАТИВНЕ ТУЖБЕ (ПРАВНО УРЕЂЕЊЕ)

#### 1. Упоредно право

##### 1.1. Велика Британија

У енглеском праву деривативна тужба је регулисана Компанијским законом (део XI, чл. 260-264)<sup>283</sup> и Законом о парничном поступку (правило 19.9, А-Ф).<sup>284</sup>

Компанијски закон садржи пет чланова којима се уређују појам деривативне тужбе, захтев за наставак поступка по деривативној тужби, захтев да се поступак који је покренут по директној тужби настави као поступак по деривативној тужби, захтев да се преузме поступак по деривативној тужби који је започет од стране другог члана друштва и критеријуми које суд треба да узме у обзир када одлучује о наведеним захтевима.

Кључна карактеристика тренутног уређења деривативне тужбе у енглеском праву јесте да закон предвиђа процедуру која се састоји из две основне фазе. Прва фаза започиње захтевом за наставак поступка по деривативној тужби у којој суд оцењује да ли на основу критеријума дефинисаних законом има основа за давање дозволе за наставак поступка, односно да ли је деривативна тужба дозвољена. Тек уколико се ова фаза позитивно оконча, долази до започињања друге фазе у којој суд доноси мериторну одлуку.<sup>285</sup>

Чл. 260 Компанијског закона прописује да деривативну тужбу може поднети било који члан друштва против директора друштва или трећег лица. Захтев који се истиче у поступку мора бити последица скривљеног поступања директора (непажње, намере, повреде поверења, повреде посебних дужности, укључујући и дужност пажње). Није од значаја да ли је основ тужбе настао пре или након стицања својства члана. Под појмом директор подразумева се и бивши директор, као и

---

<sup>283</sup> Текст закона је доступан на адреси [http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/pdfs/ukpga\\_20060046\\_en.pdf](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/pdfs/ukpga_20060046_en.pdf), 01.02.2018.

<sup>284</sup> Текст закона је доступан на адреси <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part19#19.1>, 01.02.2018.

<sup>285</sup> Више вид. Julia Tang, Shareholder Remedies: Demise of the Derivative Claim, UCL Journal of Law and Jurisprudence, 2012, доступно на адреси: <http://ojs.lib.ucl.ac.uk/index.php/LaJ/article/view/581>, 24.04.2017, 180-181.

фактички директор, док се под појмом члан друштва подразумева и лице које није номинални члан друштва, али које је стекло удео у друштву путем универзалне или сингуларне сукцесије.

Чл. 261 Компанијског закона прописује да члан друштва који подноси тужбу у складу са овим законом, мора од суда тражити дозволу за наставак поступка по деривативној тужби. Суд када прими захтев за наставак поступка по деривативној тужби може поступити на један од следећих начина (i) одбацити захтев ако на основу садржине захтева и приложених доказа не проистиче да је захтев *prima facie* основан, а након тога евентуално може издати одређени налог за који сматра да је потребан (ii) уколико суд не одбаци тужбу може наложити друштву да достави одређене доказе и да по том основу прекине поступак до пријема тих додатних доказа. На рочишту ради давања дозволе за наставак поступка по деривативној тужби суд може усвојити или одбити захтев или евентуално прекинути поступак одлучивања и издати поново одређени налог који сматра потребним.

Чл. 262 Компанијског закона прописује услове када се поступак који је покренут по директној тужби може наставити као поступак по деривативној тужби, под условом да је реч о предмету спора који може бити расправљан у поступку по деривативној тужби. У основи закон прописује да члан друштва може истаћи ову врсту захтева уколико је друштво подношењем тужбе или предузимањем радњи у поступку злоупотребило процесна права, или није водило поступак са дужном пажњом и уколико је за члана који је поднео захтев оправдано да настави поступак по деривативној тужби.

Чл. 263 Компанијског закона прописује критеријуме које суд мора да узме у обзир приликом одлучивања о захтевима из претходна два члана закона. Најпре, закон прописује да суд захтев за наставак поступка по деривативној тужби треба да одбије у следећим околностима (i) уколико особа која има дужност да штити интересе компаније не би поднела такав захтев или (ii) уколико је радња која се оспорава одобрена од стране надлежног органа друштва. Уколико не постоји основ да се захтев обавезно одбије, закон прописује да суд када одлучује о основаности захтева треба нарочито да води рачуна о следећим околностима: (i) да ли је члан друштва захтев поднео у доброј вери, (ii) да ли би особа која има дужност да штити интересе компаније наставила са захтевом, (iii) да ли радња која представља основ тужбе може бити одобрена од стране друштва, (iv) да ли је друштво претходно

донело одлуку да не покрене судски поступак, (v) да ли је природа повреде таква да представља основ за подношење индивидуалне тужбе. Приликом одлучивања о захтеву суд све доказе треба да цени са позиције члана друштва који нема лични интерес у односу на конкретан предмет спора.

На крају, чл. 264 Компанијског закона прописује услове за одлучивање о захтеву члана друштва да се поступак који је покренут по деривативној тужби од стране једног члана друштва преузме од стране другог члана друштва. У овом делу закон прописује исте критеријуме за доношење одлуке, као што је случај са захтевом да се поступак покренут по директној тужби настави као поступак по деривативној тужби.

У Закону о парничном поступку регулисане су специфичности поступка по деривативној тужби, међу којима се издвајају следећа правила. Закон изричито прописује да друштво мора бити означено као тужени, што није случај са захтевом за наставак поступка по деривативној тужби, у односу на који закон изричито наводи да се компанија не означава као противник.<sup>286</sup> Од тренутка подношења тужбе, па до давања дозволе за наставак поступка тужилац не може предузимати парничне радње, без дозволе суда или оних које су законом дозвољене.<sup>287</sup> Уз тужбу и захтев за наставак поступка морају се приложити сви докази из којих произилази њихова основаност.<sup>288</sup> Закон прописује обавезу тужиоца да друштво обавести о покретању поступка и да друштву достави копију захтева, као и саме тужбе, након чега је у обавези да суду достави писану изјаву да је друштво обавештено о покретању поступка.<sup>289</sup> Такође, закон прописује да је за повлачење тужбе и закључење поравнања у поступку по деривативној тужби потребно одобрење суда.<sup>290</sup> На крају, у погледу трошкова поступка закон прописује да суд по слободној оцени може обавезати компанију да тужиоцу надокнади трошкове поступка који се односе на поступак за давање одобрења за наставак поступка или сам поступак по деривативној тужби, при чему ова обавеза није условљена успехом у спору.<sup>291</sup>

---

<sup>286</sup> Правило 19.9 (3), 19.9А (3).

<sup>287</sup> Правило 19.9 (4).

<sup>288</sup> Правило 19.9 А (2).

<sup>289</sup> Правило 19.9 А (4), (6).

<sup>290</sup> Правило 19.9 F.

<sup>291</sup> Правило 19.9 E.



## 1.2. САД

Како је наведено, у америчком праву деривативна тужба је регулисана федералним Законом о парничном поступку, као и законима држава чланица који се у већини случајева заснивају на МВСА.

Правило 23.1 Федералног закона о парничном поступку прописује да се оно примењује када један или више акционара подносе деривативну тужбу како би заштитили право компаније, које је компанија могла да заштити, али је пропустила да то учини. Као опште правило прописано је да суд не би требало да дозволи вођење поступка по деривативној тужби уколико оцени да тужбом нису адекватно заступани интереси акционара који се налазе у сличној позицији као и тужилац.<sup>292</sup> Поред наведеног, прописани су и конкретни услови за подношење тужбе: да је тужилац био члан друштва у време када је настала спорна радња која је предмет тужбеног захтева или да је тужилац накнадно стекао акције од таквог члана путем универзалне сукцесије; изјава тужиоца да су чињенице наведене у тужби истините (у контексту постојања надлежности суда за одлучивање о тужби); да је тужилац покушао да издејствује покретање поступка од стране друштва, као и објашњење разлога због којих су ти покушаји остали без успеха или да је било непотребно подносити такав захтев.<sup>293</sup> На крају, правила прописују да је свако располагање тужбеним захтевом дозвољено само уз одобрење суда и претходно обавештење свих чланова друштва.<sup>294</sup>

У Делаверу деривативна тужба је такође регулисана правилом 23.1 које је садржано у правилима поступка суда који је надлежан за одлучивање о деривативној тужби (*Court of Chancery*). Када је реч о два основна услова за подношење деривативне тужбе (тренутак стицања акција у друштву и претходни захтев) правила садрже у основи иста решења као и федерална правила, при чему не захтевају додатни услов да тужба мора бити у интересу других чланова који се налазе у сличној позицији као и тужилац.<sup>295</sup> Додатно, правилима је прописано да

---

<sup>292</sup> Правило 23.1 (а). У том погледу постоји могућност да суд не дозволи наставак поступка по деривативној тужби уколико, на пример, утврди постојање сукоба интереса између тужиоца и других чланова, односно друштва. Вид. В. Савковић (2004), 70-73.

<sup>293</sup> Правило 23.1 (б). За шире поимање услова за подношење деривативне тужбе у америчком праву вид. J. Matheson, 353-355.

<sup>294</sup> Правило 23.1 (с).

<sup>295</sup> Правило 23.1 (а).

тузилац суду мора доставити изјаву којом потврђује да није примио, или неће примити било какав облик надокнаде да би покренуо поступак, осим у виду трошкова поступка који му буду досуђени.<sup>296</sup> Правило такође прописује да је за располагање тужбеним захтевом потребно одобрење суда и претходно обавештење свих чланова друштва.<sup>297</sup> Међутим, уколико тужилац даје изјаву да одустаје од тужбе, али не и самог права да поново поднесе тужбу или одустаје од тужбе само у своје име, у том случају о повлачењу тужбе није потребно обавестити остале чланове друштва и суд ће одмах дозволити повлачење тужбе, уколико може утврдити да тужилац није примио било какву надокнаду од туженог на име одустанка од тужбе.<sup>298</sup> У односу на закључење поравнања правило захтева да тужилац суду такође достави изјаву да није примио надокнаду од туженог како би закључио поравнање.<sup>299</sup>

Компанијски закон државе Делавер такође садржи одредбе о деривативној тужби. У овом случају услови за подношење тужбе су исти као и услови прописани процесним правом, једини изузетак постоји у односу на компаније које служе остварењу јавних интереса, јер у том случају деривативну тужбу могу поднети само чланови који поседују 2% основног капитала друштва или чија тржишна вредност удела износи најмање два милиона долара.<sup>300</sup> Додатно, у Трговачком закону деривативна тужба је прописана за ортачка друштва која имају чланове чија је одговорност ограничена и друштва са ограниченом одговорношћу. Поред одредби које садрже и претходни закони, Трговачки законик прописује да у случају успеха у поступку, тужиоцу може бити досуђена накнада трошкова поступка (од друштва или директно из средстава остварених у поступку).<sup>301</sup>

МВСА садржи најдетаљнију регулативу деривативне тужбе у америчком праву.

МВСА најпре разјашњава да се за потребе утврђивања услова за подношење деривативне тужбе под акционаром подразумева, како лице које директно држи

---

<sup>296</sup> Правило 23.1 (b).

<sup>297</sup> Правило 23.1 (c).

<sup>298</sup> Правило 23.1 (c).

<sup>299</sup> Правило 23.1 (c).

<sup>300</sup> Chapter 1. General corporation law, Subchapter XV. Public Benefit Corporations § 367, доступно на адреси: <http://delcode.delaware.gov/title8/c001/sc15/index.shtml>, 01.02.2018.

<sup>301</sup> Uniform Commercial Code, § 17-1001- § 17-1004, § 18-1001- § 18-1004, доступно на адреси: <http://delcode.delaware.gov/title6/index.shtml>, 01.02.2018.

акције, тако и лице које држи акције за рачун трећег лица (номинални власник). У званичном коментару овог члана је наведено да је у овом случају реч о лицу које заступа економске интересе акционара, те да је проширивање круга потенцијалних тужилаца и на ова лица оправдано.<sup>302</sup>

Затим, МВСА прописује два услова за подношење тужбе (i) да је тужилац био члан друштва у време настанка штетног догађаја или да је од таквог акционара стекао акције путем универзалне сукцесије и (ii) да тужилац може адекватно да заступа интересе компаније током поступка. У образложењу овог члана је наведено да захтев који се односи на адекватно представљање интереса компаније, уместо интереса других чланова друштва, како је то прописано у појединим државама, више одговара природи саме деривативне тужбе. Уколико било који од наведена два услова престану да постоје током поступка, тужба мора бити одбачена.<sup>303</sup>

Иако МВСА изричито не наводи, претходни захтев представља још један услов за подношење тужбе. Претходни захтев мора бити у писаној форми, а тужба може бити поднета након истека рока од 90 дана или раније уколико је друштво обавестило тужиоца да поступак неће бити покренут или би чекање истека рока могло да проузрокује ненадокнадиву штету друштву. МВСА усваја концепт универзалног претходног захтева, јер не оставља могућност да се у одређеним околностима захтев не мора поднети, а како би се избегле све спорне ситуације по том питању у пракси. У коментарима на овај члан МВСА је појашњено да подносилац тужбе не мора бити исти члан друштва који је поднео претходни захтев друштву. Затим, МВСА је детаљније прописао и друге околности које могу настати у вези са претходним захтевом. На пример, за случај да је компанија покренула истрагу о наводима из претходног захтева али не успе да о њему донесе одлуку у року од 90 дана и деривативна тужба буде поднета суду, суд може застати са поступком до окончања поступка истраге по претходном захтеву.<sup>304</sup>

МВСА посебну пажњу посвећује учешћу управе, односно друштва приликом одлучивања о целисходности тужбе. Прво, МВСА дозвољава да деривативна тужба буде одбачена уколико независни директори (*qualified directors*) утврде да тужба није у најбољем интересу компаније. Уколико је таква одлука донета пре

---

<sup>302</sup> МВСА, § 7.40.

<sup>303</sup> МВСА, § 7.41.

<sup>304</sup> МВСА, § 7.42, § 7.43.

подношења тужбе, у деривативној тужби мора бити посебно образложено да одлука није донета од стране независних лица, или да је у најбољем интересу друштва да се поступак ипак настави, а у зависности од састава одбора директора у време доношења одлуке, терет доказивања чињенице да тужба јесте или није у интересу компаније може бити на тужиоцу или на компанији.<sup>305</sup>

Такође, МВСА даје могућност да суд на предлог компаније именује лица која би утврдила да ли је тужба у интересу компаније, те у случају негативног одговора, на тужиоцу је терет доказивања да је тужба ипак у интересу друштва.<sup>306</sup>

МВСА прописује и да је за повлачење тужбе или закључење поравнања потребно одобрење суда, као и претходно обавештење акционара чији интереси могу бити погођени овим парничним радњама. У погледу трошкова поступка МВСА прописује да суд може наложити тужиоцу да туженом надокнади трошкове поступка уколико је поступак неоправдано покренут, али може и обавезати компанију да тужиоцу надокнади трошкове поступка уколико је компанија остварила значајну корист у поступку.<sup>307</sup>

Као закључак може се рећи да већина америчких држава прописује два услова за подношење деривативне тужбе, а то су континуирано својство члана друштва на страни тужиоца (почев од тренутка настанка спорне радње, па све до окончања поступка) и подношење претходног захтева, али у односу на оба услова постоје одређени изузеци.<sup>308</sup> Када је реч о захтеву за континуираним чланством у друштву, у основи постоје три изузетка од овог правила. Прво, у појединим државама закони изричито дозвољавају да лице које купи акције од тужиоца има право да настави поступак по деривативној тужби. Друго, у случају када је штетна радња започета пре куповине акција, али се наставила и након тога, нови члан друштва може поднети деривативну тужбу (енгл. *continuing wrong doctrine*). Треће, у случају наступања статусне промене, услед чега тужиоци изгубе својство члана друштва за чији рачун се тужба подноси, пракса је дозволила да се поступак по деривативној тужби започне или настави, уколико статусна промена није утицала на

---

<sup>305</sup> МВСА, § 7.44.

<sup>306</sup> МВСА, § 7.44 (е).

<sup>307</sup> МВСА, § 7.45, § 7.46.

<sup>308</sup> Seth Aronson, *et. al.*, Shareholder derivative actions: from cradle to grave, 2009, доступно на адреси: <http://www.mondaq.com/unitedstates/x/87654/Directors+Officers/Shareholder+Derivative+Actions+From+Cradle+To+Grave>, 05.03.2018, 13-19; R. Hamilton, 543-544.

структуру власништва, или је сама статусна промена резултат злоупотреба, односно усмерена је само на спречавање деривативне тужбе. О изузецима од обавезе подношења претходног захтева биће посебно речи у оквиру излагања о претходном захтеву у другом делу рада. Такође, потребно је поменути да у појединим државама постоји додатни услов за подношење деривативне тужбе у виду давања обезбеђења трошкова поступка од стране тужиоца. Овај услов је углавном постављен у односу на проценат учешћа у капиталу друштва, у смислу да ту обавезу има само акционар који поседује мање од дефинисаног капитал цензуса (мање од 1% акција или уколико номинална вредност акција износи мање од одређеног износа).<sup>309</sup>

### 1.3. Европско право

У овом делу биће речи о основним елементима законодавног оквира деривативне тужбе у Немачкој, Аустрији, Француској и Италији.

*Немачко право.* Тренутно уређење деривативне тужбе у немачком праву је сличније уређењу које постоји у Енглеској, него у осталим европским државама.<sup>310</sup> Закон о акционарским друштвима (*Aktiengesetz*)<sup>311</sup> садржи два члана којима се уређују тужбе против чланова управе за штету која је проузрокована друштву.

Најпре је у чл. 147 задржан постојећи (модификовани облик) деривативне тужбе. Овим чланом закона је прописано да тужба против чланова управе може бити поднета на основу одлуке скупштине која је донета већином гласова присутних акционара, при чему је наведено да поступак мора бити покренут у року од 6 месеци од дана доношења одлуке.<sup>312</sup> Такође, скупштина акционара може именовати посебног заступника који ће заступати друштво у спору против члана управе, а заступник може бити именован и од стране суда на захтев акционара који поседују 1/10 основног капитала друштва, односно чији удео у друштву износи милион ЕУР.

---

<sup>309</sup> R. Hamilton, 546-547.

<sup>310</sup> Како је наведено, деривативна тужба је прописана чл. 148 Закона о акционарским друштвима, уведен посебним законом – *Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG)*, у примени од 01.11.2005. године. Више вид. Dario Latella, „Shareholder Derivative Suits: A Comparative Analysis and the Implications of the European Shareholders' Rights Directive“, *European Company and Financial Law Review* 2-3/2009, 317.

<sup>311</sup> Текст Закона о акционарским друштвима је доступан на адреси: <https://www.gesetze-im-internet.de/aktg/>, 01.02.2018.

<sup>312</sup> AktG, § 147 (1).

Основ за именовање заступника јесте оцена суда да је то у конкретном случају неопходно за адекватно заступање друштва.<sup>313</sup>

Деривативна тужба је прописана у чл. 148 Закона о акционарским друштвима, који прилично детаљно уређује деривативну тужбу (члан садржи седам ставова).

Право на подношење деривативне тужбе имају акционари који поседују 1% основног капитала друштва или чија вредност удела у друштву износи 100.000 ЕУР. Имајући у виду наведено потребно је указати да чл. 127 Закона о акционарским друштвима садржи корисно решење, те је сваком акционару дозвољено да објави јавни позив (у Савезном службеном листу) којим ће остале акционаре позвати на предузимање одређене радње за коју је закон прописао капитал цензус.<sup>314</sup>

Слично као и енглеско право, немачко право поступак подношења деривативне тужбе дели у две фазе. У првој фази подноси се захтев суду за дозволу подношења деривативне тужбе, те уколико суд усвоји захтев, подноси се деривативна тужба и започиње поступак мериторног одлучивања.<sup>315</sup>

Закон прописује да ће суд дозволити подношење деривативне тужбе уколико су испуњени следећи услови (i) уз тужбу су приложени докази на основу којих проистиче да је тужилац (или његов правни претходник) стекао акције у друштву пре него што је сазнао за основ тужбе (ii) тужилац је пре подношења тужбе захтевао од компаније да поднесе тужбу, али се то није догодило у разумном периоду (iii) на основу приложених доказа проистиче да је вероватно да је компанија претрпела штету (iv) не постоји интерес компаније због којег би било оправдано ускратити право подношења деривативне тужбе.<sup>316</sup>

Уколико суд одобри подношење деривативне тужбе, тужба мора бити поднета у року од три месеца од пријема одобрења суда.<sup>317</sup> Након давања одобрења за подношење деривативне тужбе, у самом поступку није дозвољено да се други акционари придружују као умешачи, а уколико је било поднето више захтева за одобрење подношења деривативне тужбе, сви поступци се након одобрења

---

<sup>313</sup> AktG, § 147 (2).

<sup>314</sup> AktG, § 148 (1).

<sup>315</sup> Више вид. С. Paul, 97-102.

<sup>316</sup> AktG, § 148 (1).

<sup>317</sup> AktG, § 148 (4).

спајају.<sup>318</sup> У претходној фази, али и каснијем току поступка, друштво може у сваком тренутку да преузме парницу, а члан друштва који је покренуо поступак се придружује поступку као умешач.<sup>319</sup> Пресуда која се донесе у поступку обавезује друштво и све акционаре.<sup>320</sup> У погледу трошкова поступка немачко право садржи добро решење, те је прописано да члан друштва сноси трошкове претходног поступка, међутим уколико суд није одобрио подношење деривативне тужбе због постојања чињеница о којима компанија није обавестила подносиоца захтева, а била је у могућности то да учини, трошкове ове фазе поступка сноси друштво. У случају да суд одобри подношење деривативне тужбе, трошкове поступка, без обзира на успех спора сноси друштво, осим уколико је члан друштва одобрење суда за подношење тужбе прибавио на основу неистинитих чињеница.<sup>321</sup>

Такође, Закон о акционарским друштвима прописује обавезно објављивање података и документа који се односе на поступак по деривативној тужби. Прво, када је у питању јавно акционарско друштво, друштво је у обавези да објави дозволу суда за подношење деривативне тужбе, као и одлуку којом се окончава поступак на основу споразума странака у поступку.<sup>322</sup> У том случају, поред одлуке суда, мора да се објави и уговор или било који документ који је основ за окончање поступка. Закон наглашава да се исплата у складу са постигнутим договором не може извршити пре него што се документа објаве, али објављивање не утиче на пуноважност ових докумената. Такође, закон захтева да се објаве и слични документи који су представљали разлог да се избегне поступак по деривативној тужби.<sup>323</sup>

На крају, потребно је истаћи да је у литератури спорно да ли су чл. 147 и 148 функционално повезани, односно да ли подношењу захтева из чл. 148 мора претходити одлука скупштине друштва којом се захтева од друштва подношење тужбе, па уколико се то не догоди у року од 6 месеци, акционари у том случају имају право да започну процедуру која је прописана чл. 148. Са друге стране могуће је тумачење да је право на подношење деривативне тужбе из чл. 148 независно од

---

<sup>318</sup> AktG, § 148 (4).

<sup>319</sup> AktG, § 148 (3).

<sup>320</sup> AktG, § 148 (5).

<sup>321</sup> AktG, § 148 (6).

<sup>322</sup> AktG, § 149 (1).

<sup>323</sup> AktG, § 149 (2).

примене чл. 147. Уколико би се сматрало да је захтев из чл. 148 могуће поднети само након постојања одлуке скупштине из чл. 147, по којој није поступано у року, у том случају мањински акционари који испуњавају капитал цензус из чл. 148 фактички не би могли да поднесу деривативну тужбу уколико већина акционара претходно није гласала за покретање поступка. На тај начин деривативна тужба не би представљала право мањинских акционара, те би се на крају добио исти ефекат као и код претходног уређења деривативне тужбе, односно да је коначна одлука о подношењу тужбе у рукама скупштине акционара. Међутим, имајући у виду да чл. 148, као један од услова за одобрење подношења деривативне тужбе, прописује претходни захтев, при чему не упућује на чл. 147, чини се да чл. 147 и 148 представљају две одвојене тужбе.<sup>324</sup>

Уређење деривативне тужбе у немачком праву иако садржи добра решења није утицало на промену схватања о деривативној тужби, јер је у периоду од десет година по увођењу деривативне тужбе у пракси забележено само три случаја деривативне тужбе.<sup>325</sup>

*Аустријско право.* У аустријском праву деривативна тужба је уређена по узору на немачко право које је постојало пре 2005. године.<sup>326</sup> Наиме, мањински чланови друштва не могу поднети тужбу против управе у своје име, а за рачун друштва, већ могу захтевати од суда да именује специјалног пуномоћника који ће заступати друштво у спору са директором. Право на подношење захтева суду имају чланови који поседују 10% учешћа у основном капиталу друштва.<sup>327</sup> Уколико из финансијских извештаја произилази основаност тужбе, капитал учешће потребно за

---

<sup>324</sup> За прво тумачење вид. D. Jurić, 41. За друго тумачење, у којима аутори тужбу из чл. 148 не везују за чл. 147 више вид. A. Eisen, 204-209; Theodor Baums, Kenneth E. Scott, „Taking Shareholder Protection Seriously? Corporate Governance in the United States and Germany“, *The American Journal of Comparative Law* Vol. 53, Iss. 1 2005, 52.

<sup>325</sup> Gerhard Wagner, „Officers' and Directors' Liability under German Law - A Potemkin Village“, *Theoretical Inquiries in Law* Vol. 16, Iss. 1 2015, 87.

<sup>326</sup> Bernard Black *et. al.*, Report to Russian Center for Capital Market: Development: Comparative Analysis on Legal Regulation of the Liability of Members of the Management Organs of Companies, European Corporate Governance Institute, Working Paper No. 103/2008, доступно на адреси: <http://ssrn.com/abstract=1001990>, 08.03.2012, 176; Bernard Black, *et. al.*, Legal Liability of Directors and Company Officials Part 2: Court Procedures, Indemnification and Insurance, and Administrative and Criminal Liability (Report to the Russian Securities Agency), *Columbia Business Law Review*, 2008, доступно на адреси: <http://ssrn.com/abstract=1010307>, 09.03.2012, 21.

<sup>327</sup> M. Gelter (2012), 859.



подношење захтева за именовање представника друштва износи 5%.<sup>328</sup>

*Француско право.* У француском праву деривативна тужба (*action sociale ut singuli*) је уређена у чл. L225–252 Трговачког законика којим је прописано да тужбу може поднети сваки члан друштва. Поред појединачних чланова друштва, деривативну тужбу може поднети и удружење чланова друштва, али под условом да чланови удружења поседују најмање 5% удела (гласова) у јавним акционарским друштвима.<sup>329</sup> Осим наведеног, француско право не прописује додатне услове за подношење тужбе. Међутим, иако није прописана обавеза подношења претходног захтева друштву, у пракси судови дозвољавају подношење деривативне тужбе само уколико друштво није поднело директну тужбу, што подразумева да члан друштва пре подношења деривативне тужбе мора сачекати одређени период који се сматра разумним како би се утврдило да ли ће друштво поднети тужбу.<sup>330</sup> Француска судска пракса не захтева да тужилац има својство члана друштва у време настанка спорне радње, али је неопходно да има својство члана, како у тренутку подношења тужбе, тако и у тренутку пресуђења.<sup>331</sup> Имајући у виду да француско право прописује прилично либералне услове за подношење деривативне тужбе, сматра се да основну препреку за постојање већег броја тужби у пракси представљају правила о трошковима поступка, која су идентична као и у српском праву. Наиме, у случају губитка спора, целокупан терет поступка је на члану друштва, док у случају успеха, по правилу тужилац не може бити обештећен за целокупан износ трошкова које је имао поводом поступка, због ограничења у процесним правилима о начину утврђивања износа трошкова који се досуђују тужиоцу.<sup>332</sup>

*Италијанско право.* У Италији деривативну тужбу могу поднети акционари који имају 2,5% учешћа у основном капиталу јавног акционарског друштва,<sup>333</sup> односно 20% у нејавним друштвима.<sup>334</sup> Италијанско право не прописује обавезу подношења претходног захтева, те је у основи једини услов за подношење тужбе

---

<sup>328</sup> *Ibid.*

<sup>329</sup> D. Jurić, 42.

<sup>330</sup> D. Puchniak, H. Baum, M. Ewing-Chow, 84.

<sup>331</sup> *Ibid.*

<sup>332</sup> *Ibid.*, 85; Bernard Grelon, „Shareholders' Lawsuits against the Management of a Company and its Shareholders under French Law“, *European Company and Financial Law Review* 2-3/2009, 212.

<sup>333</sup> До 2003. године тај проценат је износио 5%. Деривативна тужба је уређена у чл. 2393 Грађанског законика. P. Giudici, 250.

<sup>334</sup> *Ibid.*

захтевани проценат капитал учешћа.<sup>335</sup> Ипак, право на вођење поступка по деривативној тужби није апсолутно, јер скупштина може донети одлуку да се тужба повуче, али акционари који поседују 2,5% учешћа у капиталу могу ставити вето на доношење такве одлуке.<sup>336</sup> Слично решење постоји у случају закључења поравнања у поступку по деривативној тужби, које мора бити одобрено од стране скупштине, међутим поравнање не може бити одобрено уколико се томеprotиве чланови који имају проценат капитала који је потребан за подношење тужбе.<sup>337</sup> Када је реч о трошковима поступка, италијанско право, поред општег правила да страна која изгуби спор другој страни надокнађује трошкове поступка, прописује и могућност да суд по слободној оцени тужиоцу који је успео у поступку досуди додатни износ реалних трошкова поступка (везаних за радње прикупљања доказа и чињеница), а који не могу бити досуђени по општим правилима.<sup>338</sup>

## 2. Српско право

Законодавни оквир деривативне тужбе у српском праву, у првом реду чине одредбе ЗПД. Поред одредби ЗПД за поступак по деривативној тужби од значаја су и одредбе Закона о парничном поступку, као и одредбе Закона о стечају, уколико се над друштвом пре или након подношења деривативне тужбе отвори стечајни поступак. Такође, након успешног окончања поступка по деривативној тужби од значаја су и одредбе Закона о извршењу и обезбеђењу, уколико се јави потреба за покретањем поступка принудног извршења. На овом месту биће речи о садржини одредба ЗПД, док ће о релевантним одредбама других закона бити речи у оквиру процесно правне анализе деривативне тужбе.

ЗПД садржи две групе одредаба којима се уређује деривативна тужба. Прву групу чине главне одредбе које непосредно уређују деривативну тужбу (чл. 78 и 79). Ове одредбе дефинишу активну легитимацију за подношење тужбе и објективни домен примене тужбе. Другу групу чине помоћне одредбе ЗПД којима се допуњује садржина уређења деривативне тужбе дефинисана у чл. 79 ЗПД, те се помоћу ових одредби коначно одређује садржина објективног домена примене, пасивна

---

<sup>335</sup> *Ibid.*, 252.

<sup>336</sup> *Ibid.*

<sup>337</sup> В. Black, *et. al.* (2008a), 190.

<sup>338</sup> Р. Giudici, 253-254.

легитимација и рок за подношење деривативне тужбе.

Међу одредбама закона којима се деривативна тужба непосредно уређује, истиче се чл. 78 ЗПД који поставља основне темеље законодавног оквира деривативне тужбе у српском праву.

Чл. 78 ст. 1 ЗПД прописује да један или више чланова друштва могу поднети тужбу из чл. 64, 67, 71, 74 и 76 овог закона (тужбе због повреде посебних дужности према друштву) у своје име, а за рачун друштва, ако у тренутку подношења тужбе (i) поседује уделе или акције који представљају најмање 5% основног капитала друштва, независно од тога да ли је основ за подношење деривативне тужбе настао пре или након стицања својства члана друштва и (ii) ако су пре подношења деривативне тужбе писаним путем захтевали од друштва да поднесе тужбу по том основу, а тај захтев је одбијен, односно по том захтеву није поступљено у року од 30 дана од дана подношења захтева.

Чл. 78 ст. 2 ЗПД прописује да члан друштва који је стекао удео или акције у друштву од лица које је поднело деривативну тужбу, може уз сагласност тог лица, ступити на његово место у спору по тој тужби до његовог правоснажног окончања, као и у поступку по ванредном правном леку.

Дакле, чл. 78 ЗПД дефинише један део субјективног домена деривативне тужбе, који се односи на активну легитимацију за подношење тужбе, односно одређује која лица у српском праву имају овлашћење на подношење деривативне тужбе.

Поред чл. 78 ЗПД уређење активне легитимације у поступку по деривативној тужби је употпуњено чл. 80, којим је регулисан институт умешача. Чл. 80 ЗПД прописује да ако је друштво поднело тужбу због повреде било које посебне дужности, члан друштва који је од друштва захтевао подношење те тужбе, може од суда пред којим се води поступак захтевати да му дозволи да ступи у парницу као умешач на страни тужиоца. Затим је прописано да ако је члан друштва поднео деривативну тужбу због повреде посебних дужности, други члан друштва који испуњава капитал цензус може од суда пред којим се поступак води захтевати да ступи у парницу као умешач на страни тужиоца. На основу садржине чл. 80 ЗПД може се закључити да је реч о одредбама које имају искључиво процесно правну природу и да је њима институт умешача уређен потпуно другачије у односу на општа правила парничног поступка, о чему ће бити додатно речи у оквиру процесно

правне анализе деривативне тужбе.

Објективни домен примене деривативне тужбе, утврђује се на основу чл. 79 ЗПД који прописује да се деривативна тужба може поднети у истим случајевима када и тужбе због повреде посебних дужности. На тај начин се закључује да објективни домен примене деривативне тужбе неспорно чине посебне дужности према друштву (дужност пажње, дужност пријављивања послова и радњи у којима постоји лични интерес, дужност забране конкуренције, дужност забране сукоба интереса и дужност чувања пословне тајне). Поред одредби ЗПД којима се уређују посебне дужности према друштву, одредбе ЗПД које регулишу ограничења плаћања (чл. 275 ЗПД), такође представљају део законске регулативе о објективном домену примене деривативне тужбе у српском праву, с обзиром на околност да чл. 275 ст. 6 ЗПД упућује на чл. 79, те прописује да тужбу због кршења правила о ограничењима плаћања може поднети члан друштва који испуни услове за подношење деривативне тужбе из чл. 79 ЗПД. У овом случају битно је нагласити да је деривативна тужба због повреде правила о ограничењима плаћања дозвољена само код акционарских друштава. На основу наведеног се закључује да се у форми деривативне тужбе може захтевати само она правна последица која је прописана као санкција за повреду посебних дужности према друштву и правила о ограничењима плаћања, те се на тај начин долази до коначног дефинисања објективног домена примене деривативне тужбе у српском праву.

Пасивна легитимација у поступку по деривативној тужби се дефинише на основу претходно утврђеног објективног домена примене деривативне тужбе, те тужени у поступку по деривативној тужби може бити свако лице против кога може бити поднета тужба због повреде посебних дужности, а то су лица која имају посебне дужности према друштву (наведена у чл. 61 ЗПД), односно члан друштва који је примио плаћања од друштва противно правилима о ограничењу плаћања, а у одређеним случајевима и лица изван друштва.

Потребно је напоменути да је последњим изменама ЗПД које су ступиле на снагу током 2018. године у српско право уведена још једна врста деривативне тужбе, а која се односи на институт искључења члана друштва са ограниченом одговорношћу. Наиме, чл. 196 ст. 6 ЗПД прописује да ако на захтев члана који поседује удео који представља најмање 5% основног капитала друштва, скупштина у року од два месеца од дана подношења захтева не одлучи о захтеву за подношење

тужбе за искључење члана из друштва или одбије захтев или се тужба не поднесе у року од 30 дана од дана доношења одлуке о подношењу тужбе, члан који је поднео захтев има право, да у накнадном року од 30 дана, поднесе тужбу суду у своје име, а за рачун друштва. У овом случају ЗПД је неспорно проширио објективни домен примене деривативне тужбе, а самим тим и круг пасивно легитимисаних лица. Међутим, ЗПД је у овом случају одступио и од општих услова за стицање активне легитимације за подношење тужбе (у односу на претходни захтев као услов за подношење тужбе), што наводи на закључак да ЗПД тренутно познаје две врсте деривативне тужбе, о чему ће посебно бити речи у наредним излагањима.

На крају, када је реч о роковима за подношење деривативне тужбе, они се такође дефинишу помоћу објективног домена примене деривативне тужбе, а који могу бити различити у зависности од основа деривативне тужбе у конкретном случају (посебне дужности према друштву, правила о ограничењима плаћања или искључење члана друштва са ограниченом одговорношћу).

На основу изложеног законодавног оквира деривативне тужбе у српском праву може се већ на самом почетку анализе закључити да је реч о специфичној тужби, која се у великој мери разликује од осталих тужби.

## ГЛАВА V

### ПОЈАМ И ОСНОВНЕ КАРАКТЕРИСТИКЕ ДЕРИВАТИВНЕ ТУЖБЕ

Имајући у виду да је у претходним излагањима дата оквирна (општа) дефиниција деривативне тужбе, чија је сврха у овом раду исцрпљена, пре наставка даље анализе потребно је дати коначну дефиницију деривативне тужбе, која ће бити формирана на основу законодавног оквира деривативне тужбе у српском праву. У том погледу, посебна дефиниција деривативне тужбе која буде формулисана у овом поглављу представљаће коначну дефиницију деривативне тужбе у српском праву, на основу које ће бити могуће засновати даљу анализу деривативне тужбе.

#### 1. Појам (дефиниција) и правна природа деривативне тужбе

Деривативна тужба је сложен правни институт, из ког разлога је тешко формулисати њену прецизну дефиницију, која би обухватала све специфичности овог института. У том погледу не изненађује опредељење већине теоретичара да не придају много пажње појму деривативне тужбе, те се по правилу дају само оквирне дефиниције деривативне тужбе посматрано у односу на одредбе конкретног права.

Полазећи од подела дефиниција деривативне тужбе датих на почетку излагања (општа и посебна, позитивна и негативна), као и осталих дефиниција које се могу срести у теорији, све дефиниције деривативне тужбе могу се поделити у две групе.<sup>339</sup> Прва група дефиниција деривативну тужбу посматра првенствено са процесног аспекта. Тако, на пример, деривативна тужба се дефинише као „тужба коју подноси један или више акционара ради спречавања или отклањања штете која је проузрокована компанији“<sup>340</sup> или као „тужба којом члан друштва за рачун компаније захтева заштиту њених права која су повређена кршењем посебних дужности од стране директора“<sup>341</sup> или једноставно као „тужба која се подноси за рачун компаније“.<sup>342</sup> У овим дефиницијама се назире материјално правни супстрат деривативне тужбе, али се не одређује у потпуности што није исправан приступ, јер

<sup>339</sup> За сличан закључак вид. В. Савковић (2004), 14-18.

<sup>340</sup> R. Hamilton, 535.

<sup>341</sup> P. Davies, 247.

<sup>342</sup> D. Puchniak, H. Baum, M. Ewing-Chow, 7.

би материјално правни супстрат тужбе требало да представља важан елемент дефиниције деривативне тужбе, с обзиром на околност да деривативна тужба није општа тужба компанијског права. Друга група дефиниција деривативне тужбе, осим што објашњава процесни аспект тужбе (у чије име и за чији рачун се тужба подноси), у себи садрже и функционални елемент, те се наглашава да је реч о тужби чији је циљ да кршење дужности према друштву не остане без адекватне санкције, дакле, акценат се ставља на чињеницу да је реч о тужби која се примењује у специфичним околностима, а то је када постоји својеврсна конфузија тужиоца и туженог, односно када лице које би по редовном току ствари требало да поднесе тужбу у име компаније то неће учинити, јер управо оно треба да се нађе на месту туженог.<sup>343</sup> Међутим, ни код ове групе дефиниција материјално правни супстрат деривативне тужбе није довољно наглашен.

Имајући и виду наведено свеобухватна и потпуна дефиниција деривативне тужбе би требало да обухвати сва три наведена елемента, процесни, материјални и функционални аспект.

Полазећи од изложеног законодавног оквира деривативне тужбе у српском праву, деривативна тужба се може дефинисати као *тужба коју подноси један или више чланова друштва који испуњавају законом прописане услове, у своје име, а за рачун привредног друштва, против (i) лица које има посебне дужности према друштву, а ради извршења законом прописане имовинско правне санкције због повреде посебних дужности, (ii) акционара ради повраћаја новчаног износа који је том члану исплаћен противно правилима о ограничењима плаћања или (iii) члана друштва са ограниченом одговорношћу ради искључења из друштва.*

Са друге стране, одређивање правне природе деривативне тужбе је знатно тежи задатак у односу на одређивање дефиниције деривативне тужбе. Одређивање правне природе деривативне тужбе треба да одговори на питање шта са аспекта права представља овлашћење члана друштва на подношење деривативне тужбе, а на које питање није лако одговорити, јер је потребно узети у обзир општа учења о појму субјективног права, што није уобичајено за теорију компанијског права, која углавном не залази у овакву врсту анализе. Истовремено, анализа правне природе деривативне тужбе са аспекта општих учења о субјективним правима може деловати и непотребно, али ће у наставку излагања ипак бити дат покушај ове анализе са

---

<sup>343</sup> Seth Aronson, *et. al.*, 1.

циљем да се постигне свеобухватна теоријска анализа. Проблемом правне природе деривативне тужбе у нашој теорији бавио се само проф. Владимир Савковић који сматра да је деривативна тужба по својој правној природи блиска концепту природног права.<sup>344</sup> Америчка и енглеска литература, такође, није се бавила питањем правне природе деривативне тужбе, што је разумљиво, јер се углавном бави питањима која имају практичан значај.

Деривативна тужба, као што сам назив института каже јесте тужба, те у том смислу, као и било која друга тужба по својој природи неспорно представља парничну радњу којом се покреће парнични поступак и којом се од суда захтева правна заштита одређене садржине.<sup>345</sup>

Међутим, правна природа деривативне тужбе се не може свести само на појам парничне радње, јер подношењу тужбе претходи постојање одређеног правног односа између тужиоца и друштва чије се право штити, а који представља основ овлашћења члана друштва на подношење деривативне тужбе. У том погледу потребно је дефинисати правну природу самог овлашћења на подношење деривативне тужбе, до тренутка док се овлашћење не материјализује у виду предузете парничне радње.

Имајући у виду наведено, прво питање које се може поставити при одређивању правне природе деривативне тужбе јесте да ли овлашћење на подношење деривативне тужбе има правну природу субјективног права. У општој теорији грађанског права под појмом субјективног права подразумева се материјално правно овлашћење које је праћено обавезом других лица.<sup>346</sup> Дакле, два кључна елемента грађанског субјективног права су овлашћење и обавеза, који елементи су функционално повезани. Ипак, теорија сматра да свако право мора бити праћено обавезом, док обрнуто није увек случај, јер постоје обавезе у грађанском праву, које нису праћене правом другог субјекта.<sup>347</sup>

У том погледу, уколико би се прихватило владајуће мишљење, деривативна тужба би могла бити квалификована као субјективно право члана друштва само уколико би се право члана друштва да захтева покретање поступка од стране друштва пре подношења тужбе могло сматрати као својеврсно материјално правно

---

<sup>344</sup> В. Савковић (2004), 38-40.

<sup>345</sup> Б. Познић, В. Ракић Водинелић, 294; С. Трива, 298.

<sup>346</sup> В. Водинелић, 192.

<sup>347</sup> Вид. *Ibid.*, 194.



овлашћење, које је праћено обавезом другог лица, међутим неспорно је да то није случај. Наиме, деривативна тужба не представља материјално правно овлашћење, јер уколико друштво не покрене судски поступак (по претходном захтеву члана друштва), санкција која наступа није могућност принудног остварења права, већ могућност његовог директног вршења, које би у другим околностима било недозвољено. Дакле, у овом случају невршење „материјално правног овлашћења“ је фактички основни услов за његово постојање. Поред наведеног, „право“ на подношење тужбе није у корелацији са конкретном обавезом било ког другог лица унутар друштва, па и самог друштва. Евентуално, могло би се сматрати да овлашћењу члана друштва на подношење деривативне тужбе одговара обавеза свих других лица унутар друштва, као и самог друштва, да трпе подношење тужбе. Међутим, у овом случају реч је само о привиду обавезе, јер се подношење деривативне тужбе не може спречити од стране других субјеката унутар друштва, па самим тим по природи ствари не може постојати обавеза трпљења. Обавеза трпљења може постојати само уколико је могуће предузети одређену радњу, али која је у конкретном случају недозвољена због постојања права другог лица. Подношење деривативне тужбе може бити спречено само подношењем директне тужбе од стране друштва, али уколико се то догоди овлашћење члана друштва на подношење деривативне тужбе неће ни настати, јер овлашћење на подношење деривативне тужбе настаје тек у тренутку када се испуне сви законом прописани услови, а један од тих услова је да друштво није поднело директну тужбу.<sup>348</sup>

Један од проблема који постоје у дефинисању правне природе деривативне тужбе је узрокован чињеницом да општа теорија права (укључујући и грађанско право), скоро да нема у виду чињеницу да овлашћење на подношење тужбе може имати и лице које није титулар материјалног права које се штити. Општа теорија, право на подношење тужбе схвата као овлашћење које проистиче из субјективног права, па самим тим не постоји потреба за посебним дефинисањем правне природе овлашћења на подношење тужбе. Међутим, када овлашћење на подношење тужбе представља једино право које одређено лице има, тада настају озбиљне тешкоће у дефинисању правне природе тог овлашћења, које није везано за субјективно право истог лица.

Савремена литература грађанског права, право на подношење тужбе не

---

<sup>348</sup> ЗПД, чл. 79.

сматра самосталним правом, или елементом субјективног права, већ као начин вршења права (каже се да је тужба резултат извршеног права) или као својство субјективног права, које не утиче на постојање права, јер постоје права која не уживају заштиту.<sup>349</sup> Међутим, у старијој литератури се право на подношење тужбе сматрало саставним елементом субјективног грађанског права, који чак и може постојати мимо субјективног права.<sup>350</sup>

Имајући у виду све наведено закључује се да овлашћење на подношење деривативне тужбе није субјективно право јер не садржи кључне елементе овог појма, те је у наставку анализе потребно размотрити да ли овлашћење на подношење деривативне тужбе садржи елементе појмова који су слични субјективним правима.

Теорија грађанског права познаје три појма за која се сматра да су слична субјективним правима, а то су правно стање, правна моћ (преображајна права) и правни положај.<sup>351</sup> Под правним стањем подразумева се статус субјекта права којем недостаје одређена чињеница да би се коначно стекло одређено право.<sup>352</sup> Под преображајним правом подразумева се могућност одређеног лица да изјавом воље узрокује настанак, промену или престанак субјективног права.<sup>353</sup> На крају, под правним положајем подразумева се скуп околности у вези са једним лицем које утиче на стицање, вршење и заштиту субјективних права.<sup>354</sup>

Поред наведеног у теорији грађанског права је познат и појам правне позиције, који је веома значајан за компанијско право, а под којим се подразумева постојање одређеног субјективног права, које је праћено додатним правима и обавезама које титулар има зато што има право о коме је реч.<sup>355</sup>

Полазећи од изложених појмова, може се закључити да деривативна тужба, тачније овлашћење које члан друштва има све док не поднесе деривативну тужбу суду, у зависности од конкретних околности, по својој природи представља правно стање или елемент његове правне позиције као власника удела/акција у друштву.

Наиме, тренутком стицања својства члана у друштву, члан друштва посматрано у односу на овлашћење на подношење деривативне тужбе ступа у

---

<sup>349</sup> Д. Стојановић, О. Антић, 195; В. Водинелић, 195.

<sup>350</sup> А. Гамс, 86.

<sup>351</sup> Д. Стојановић, О. Антић, 200-201; А. Гамс, 89.

<sup>352</sup> Д. Стојановић, О. Антић, 200; А. Гамс, 89.

<sup>353</sup> Д. Стојановић, О. Антић, 200.

<sup>354</sup> Д. Стојановић, О. Антић, 201; А. Гамс, 89.

<sup>355</sup> В. Водинелић, 197-198.

одређено правно стање. Правно стање члана друштва у овом случају испољава се на начин да члан друштва током трајања чланства у друштву може стећи овлашћење на подношење деривативне тужбе, али само уколико се чињеници чланства у друштву придруже и друге чињенице – захтевани капитал цензус, или уколико он већ постоји, подношење претходног захтева друштву. Тачније, члан друштва стиче овлашћење на подношење деривативне тужбе тек у тренутку када прими обавештење да друштво неће поднети директну тужбу или када протекне законом прописани рок за давање одговора друштву на претходни захтев. Дакле, све до овог тренутка члан друштва се налази у правном стању које може довести до настанка овлашћења на подношење тужбе. У тренутку када се чињеници чланства у друштву придруже друге законом прописане чињенице настаје овлашћење на подношење тужбе суду. Од тренутка стицања овлашћења на подношење деривативне тужбе, ово овлашћење чини саставни део правне позиције које члан друштва има као власник удела/акција у друштву. Овлашћење на подношење деривативне тужбе је део правне позиције члана друштва, јер он ово овлашћење има на основу чињенице да је титулар другог субјективног права – власништва над уделу/акцијама у друштву. На крају, у тренутку када се деривативна тужба поднесе суду, она добија правну природу парничне радње, а члан друштва који је поднео тужбу се враћа у правно стање, које опет може прерасти у овлашћење на подношење деривативне тужбе, као део његове правне позиције, уколико настане потреба да се деривативна тужба поднесе у неком другом случају.

На основу свега наведеног може се закључити да деривативна тужба нема природу субјективног права, већ овлашћења које је слично субјективном праву и које је део његове правне позиције као члана друштва. У коначном исходу може се закључити да деривативна тужба има мешовиту правну природу, јер у фази пре подношења тужбе суду садржи елементе правног стања, односно правне позиције члана друштва, док од тренутка подношења тужбе представља парничну радњу.

## **2. Основна обележја деривативне тужбе**

На основу изложене дефиниције деривативне тужбе најпре се уочава њена основна карактеристика, а то је да деривативна тужба није општа тужба компанијског права, већ је ограничена како по субјективном, тако и по објективном

домену примене.

Поред наведеног у теорији се истичу следећа обележја деривативне тужбе (i) право које се штити тужбом припада компанији, а не тужиоцу, (ii) повреда права компаније је уследила од стране лица које има одређене дужности/обавезе према компанији, (iii) лице/орган које по редовном току ствари треба да поднесе тужбу ради заштите права компаније, то није учинило, најчешће из разлога јер би требало да се нађе на месту туженог, (iv) право на подношење тужбе је делегирано на треће лице, по правилу члана друштва, који у редовним околностима нема надлежност да тужбом штити права компаније, (v) накнада остварена у поступку припада друштву, а не тужиоцу, али трошкове поступка, барем иницијално сноси тужилац.<sup>356</sup> Сва наведена обележја деривативне тужбе постоје и у српском праву. Четврто обележје деривативне тужбе указује на две веома важне карактеристике деривативне тужбе, а то су раздвајање стварне и процесне легитимације на страни тужиоца, као и да деривативна тужба представља изузетак од редовне расподеле надлежности за доношење одлука у име друштва. У том погледу, деривативна тужба у српском праву, као и осталим правима представља вид представничке тужбе, јер у поступку тужиоци заступају интерес привредног друштва, али посредно и интересе свих чланова друштва.

Такође, веома важно обележје деривативне тужбе у свим правима јесте да је тужбу могуће поднети само уколико су претходно испуњени законом прописани услови, дакле право на подношење тужбе није апсолутно. У том погледу веома важно обележје деривативне тужбе у српском праву су услови за њено подношење – поседовање законом прописаног капитал цензуса од стране тужиоца и претходни захтев.

Поред наведеног сматра се да деривативна тужба обично има још једно важно обележје, а то је да представља једини правни механизам накнаде рефлексне штете која је члановима друштва проузрокована повредом дужности према друштву. Наиме, у овом случају је реч о штети која настаје у имовини чланова друштва због штете коју је претрпело друштво. Англосаксонско право познаје принцип забране накнаде рефлексне штете у форми индивидуалне тужбе, на основу чега се закључује да је рефлексну штету могуће надокнадити само деривативном

---

<sup>356</sup> D. Puchniak, H. Baum, M. Ewing-Chow, 7.

тужбом.<sup>357</sup> О овој теми ће додатно бити речи у излагањима о односу директне и деривативне тужбе, а посебно да ли исто обележје постоји и у српском праву.

На крају, потребно је нагласити да у упоредном праву постоји још једно обележје деривативне тужбе, а то је наглашена улога суда у поступку по деривативној тужби. Наиме, на основу изложеног законодавног оквира деривативне тужбе у Немачкој и Енглеској може се закључити да у овим правима суд у поступку по деривативној тужби одлучује не само о основаности деривативне тужбе, већ и о целисходности тужбе, с обзиром на околност да суд својом одлуком може спречити наставак поступка по деривативној тужби, уколико оцени да тужба, између осталог, није у интересу друштва. У српском праву суд нема надлежност да одлучује о целисходности, већ само о основаности тужбеног захтева, о чему ће касније бити додатно речи.

## 2.1. Начело супсидијарности деривативне тужбе

Начело супсидијарности деривативне тужбе указује да деривативна тужба није примарно средство за заштиту интереса компаније. У овом случају може се говорити о начелу или пак додатном обележју деривативне тужбе. Међутим, да је ипак реч о начелу говори то да су се њиме водила сва законодавства приликом дефинисања садржине законодавног оквира деривативне тужбе.

Управо због постојања начела супсидијарности деривативне тужбе у сваком праву постоје одређена ограничења за подношење тужбе и државе су по правилу опрезне у структурирању овлашћења члана друштва на подношење деривативне тужбе. Ограничења деривативне тужбе у првом реду требало би да нагласе чињеницу да је деривативна тужба изузетак од општих правила компанијског права због чега не би требало дозволити неограничену примену ове тужбе. У зависности од схватања деривативне тужбе у одређеној средини, законодавац поставља ужа или шира ограничења деривативној тужби.

Међутим, суштина начела супсидијарности деривативне тужбе се испољава у оним ограничењима деривативне тужбе која се односе на услов да је деривативну тужбу могуће поднети само уколико се претходно друштву омогући да се изјасни о конкретној тужби. У том погледу, разликују се права која начело супсидијарности

---

<sup>357</sup> *Ibid.*, 10.

схватају уже и шире. Шире схватање начела супсидијарности подразумева да деривативну тужбу може спречити само подношење тужбе од стране друштва. Са друге стране, уже или право схватање начела супсидијарности подразумева да деривативну тужбу може спречити не само подношење тужбе суду од стране друштва, већ и друга радња друштва, као што је на пример одобрење спорне радње од стране скупштине друштва или доношење одлуке независних лица да тужба није у интересу друштва. У овом случају је реч о правом схватању начела супсидијарности, јер се омогућава већи степен заштите аутономије правног субјективитета привредног друштва, којем се дозвољава да самостално одлучи да ли и на који начин ће заштитити своја права. У том погледу одлука друштва може бити да не покрене судски поступак, што нужно не мора значити да је реч о додатним злоупотребама потенцијиних тужених, већ да је реч о изражавању легитимног интереса друштва да не улази у судски поступак.

У српском праву деривативна тужба се заснива на ширем схватању начела супсидијарности, јер деривативну тужбу може спречити само подношење директне тужбе од стране друштва.

## ГЛАВА VI

### СХВАТАЊА О ДЕРИВАТИВНОЈ ТУЖБИ

#### 1. Два схватања деривативне тужбе

Расправа о схватању деривативне тужбе је уско повезана са расправом о сврси деривативне тужбе, јер прихватање одређеног концепта о схватању деривативне тужбе за последицу има дефинисање сврхе коју деривативна тужба треба да остварује. Истовремено расправа о схватању и сврси деривативне тужбе, уско је повезана са расправом о сврси постојања привредног друштва. Наиме, у зависности од схватања у чијем интересу компанија треба да постоји, да ли само у интересу чланова друштва или и интересу ширег круга лица, зависи и схватање о томе којим лицима и под којим условима треба дати овлашћење на подношење тужбе, као и у односу на које области компанијског права треба увести могућност подношења деривативне тужбе и коначно коју основну сврху деривативна тужба треба да остварује у компанијском праву. На основу наведеног уочава се и да дефинисање схватања, а затим и сврхе деривативне тужбе (о чему ће бити речи у наредном поглављу) у крајњем исходу омогућава формулисање адекватног законодавног оквира деривативне тужбе у одређеном праву,

На основу историјског развоја деривативне тужбе, као и перципирања деривативне тужбе у досадашњој литератури компанијског права може се рећи да постоје два схватања деривативне тужбе.

Прво, традиционално схватање деривативне тужбе било је заступљено од самог настанка деривативне тужбе, па све до друге половине 20. века, када је са појавом учења о корпоративном управљању и агенцијским проблемима<sup>358</sup> настало ново, модерно схватање деривативне тужбе. Модерно схватање деривативне тужбе у основи представља модификовано традиционално схватање.

Традиционално и модерно схватање прилично различито приступају деривативној тужби, што није много утицало на саму садржину деривативне тужбе,

---

<sup>358</sup> Већина аутора сматра да је концепт корпоративног управљања настао 1932. године објављивањем чувеног дела „*The Modern Corporation and Private Property*“ (аутори Адолф Берл (енгл. *Adolf A. Berle*) и Гардинер Минс (енгл. *Gardiner Means*), међутим, постоје мишљења да су основе учења о корпоративном управљању настали знатно раније. Harwell Wells, „*The Birth of Corporate Governance*“, *Seattle University Law Review* Vol. 33, No. 4 2010, 1248. О овој теми биће додатно речи у оквиру излагања о месту деривативне тужбе у компанијском праву.

али јесте на њен легитимитет. Традиционално схватање деривативне тужбе тежи да лимитира њену примену, јер се деривативна тужба схвата као изузетак од темељних принципа компанијског права и као одређени корективни механизам. Са друге стране, модерно схватање деривативне тужбе нема тенденцију да лимитира примену деривативне тужбе, већ настоји да најпре пронађе место и улогу деривативне тужбе у систему корпоративног управљања. Након тога, када се пронађе адекватно место деривативне тужбе у систему корпоративног управљања, настоји се формулисању уређења деривативне тужбе на начин да представља ефикасан механизам решавања или спречавања сукоба унутар друштва (агенцијских проблема).

### 1.1. Традиционално схватање деривативне тужбе

Традиционално схватање деривативне тужбе представља садржина правила *Foss vs Harbottle*,<sup>359</sup> односно изузеци од правила који дозвољавају подношење деривативне тужбе. Како је било наведено, правило *Foss vs Harbottle* у позитивном значењу негира право чланова друштва на подношење деривативне тужбе. Осим у оквиру правила *Foss vs Harbottle*, традиционално схватање деривативне тужбе било је присутно у америчкој судској пракси у првом периоду развоја. Суштину традиционалног схватања деривативне тужбе најпотпуније је објаснио проф. Берт Прунти (енгл. *Bert Prunty*) који је сматрао да је деривативна тужба пример напора да се обезбеди одговорност лица која поступају у име компаније, али без нарушавања права већине да води послове компаније и без преузимања надлежности суда да решава унутрашње сукобе у компанији.<sup>360</sup>

Имајући у виду да је деривативна тужба настала са основним циљем да се спречи да повреда дужности према компанији неоправдано остане без судске заштите, право на подношење тужбе никада није било неограничено, већ је англосаксонско право од самог настанка деривативне тужбе, па до данас увек постављало одређене услове за њено подношење. Услови за подношење тужбе су по правилу били испуњени само у околностима када није било могуће да компанија поднесе тужбу у своје име и за свој рачун, најчешће када су потенцијални тужени својим утицајем спречили подношење тужбе, јер се сматрало да повреда права

---

<sup>359</sup> A. Reisberg (2007), 18.

<sup>360</sup> B. Prunty, 993.



компаније управо тада остаје без адекватне заштите. Англосаксонска судска пракса је током примене деривативне тужбе покушала да дефинише када се може сматрати да друштво није у могућности да поднесе тужбу, а у томе је америчко право било доста либералније у односу на енглеско, јер случајеве у којима је деривативна тужба била дозвољена није ограничавало само на околности када постоји контрола тужених над компанијом.<sup>361</sup>

Имајући у виду наведено, може се рећи да се традиционално схватање деривативне тужбе заснива на два темељна принципа компанијског права, а то су: одвојеност правног субјективитета привредног друштва и његових чланова и принцип расподеле надлежности за доношење одлука у име компаније.<sup>362</sup> Отуда, када компанија, односно орган надлежан за доношење одлуке о покретању поступка (у енглеском праву већина чланова, у америчком праву одбор директора),<sup>363</sup> не може или не жели да донесе одлуку у име компаније, сматра се да компанија, као субјект права, није у могућности да изрази правно релевантну вољу у односу на конкретан судски поступак, услед чега је неопходно успоставити корективни механизам компанијског права.

Енглеско право је након настанка правила *Foss vs Harbottle* сматрало да друштво не може да изрази своју вољу по овом питању у две групе случајева. Прву групу случајева чине ситуације у којима већина по самом закону није овлашћена да одлучује о одобрењу одређеног питања, као што су она за која је потребна квалификована већина или је реч о радњама које су *ultra vires*.<sup>364</sup> У другу групу случајева спадају радње којима су се тужени лично окористили или случајеви у којима тужени имају контролу над друштвом, па је јасно да могу да спрече подношење тужбе (*fraud of minority*). Суштина овог изузетка јесте да тужбу није

---

<sup>361</sup> David A. Skeel, The Accidental Elegance of *Aronson v. Lewis*, University of Pennsylvania Law School, Research Paper No. 07-28, 2007, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=1027010>, 12.03.2018, 5.

<sup>362</sup> Начело одвојености правног субјективитета друштва и његових чланова представља основу правила о адекватном тужиоцу (први елемент правила *Foss vs Harbottle*), док начело расподеле надлежности за доношење одлука представља основу правила већине (други елемент правила *Foss vs Harbottle*). Вид. Aharon Barak „A Comparative Look at Protection of the Shareholders' Interest Variations on the Derivative Suit“, *International and Comparative Law Quarterly* Vol. 20, No. 1 1971, 26; A. Reisberg (2007), 88-89.

<sup>363</sup> Изузеци од правила *Foss vs Harbottle* јасно упућују на скупштину друштва као орган који је надлежан да се изјасни о спорној радњи, док су прве одлуке америчких судова упућивале на управу као орган коме тужилац треба да се обрати пре подношења тужбе. D. Skeel (2007), 5.

<sup>364</sup> A. Reisberg (2007), 89-90.

било могуће поднети због повреде дужности пажње.<sup>365</sup> Дакле, у првом случају постоји формални, док у другом случају постоји суштински разлог који дозвољава подношење деривативне тужбе. Међутим, након настанка изузетака од правила *Foss vs Harbottle*, судска пракса је у појединачним случајевима додатно ограничавала право на подношење тужбе.<sup>366</sup> Такође, с обзиром на околност да је енглеско право било прилично рестриктивно према деривативној тужби, у једном тренутку је чак и настала дилема да ли уопште постоје изузеци од правила *Foss vs Harbottle*, јер се сматрало да прави изузетак може постојати само онда када је могуће да се већина у друштву изјасни о тужби, али без обзира на мишљење већине, појединачни чланови имају право на подношење тужбе (један од ретких случајева у којима је постојао такав изузетак је *Alexander v. Automatic Telephone Co.* из 1900. године).<sup>367</sup> У америчком праву традиционално схватање деривативне тужбе је такође захтевало да тужилац докаже да је друштво било неоправдано спречено да поднесе тужбу, међутим за разлику од енглеског права, оно није било ограничено само на претходно наведене случајеве. Основна процедурална препрека за подношење деривативне тужбе која је формирана у америчком праву је претходно обраћање друштву. У овом случају сврха претходног обраћања друштву заснивала се на потреби да се директорима друштва пружи могућност да изразе своју пословну процену по питању покретања одређеног судског поступка.<sup>368</sup> Другим речима, сама чињеница да директори могу бити на месту туженог није их дисквалификовала у односу на могућност доношења одлуке о покретању судског поступка, осим у ретким случајевима када су директори у тој мери укључени у оспорену радњу да је јасно да неће покренути поступак.<sup>369</sup> Пре коначног формирања претходног захтева у случају *Hawes v. Oakland*, први случајеви у којима је право на подношење тужбе било ограничено претходним обраћањем друштву настали су у држави Њујорк крајем 19. века, а у којима су судови сматрали да је деривативна тужба дозвољена уколико компанија одбије да поднесе тужбу или је спречена да то учини због

---

<sup>365</sup> *Ibid.*, 92.

<sup>366</sup> *Ibid.*, 100-102.

<sup>367</sup> K. W. Wedderburn, „Shareholders' Rights and the Rule in *Foss v. Harbottle* (continued)“, *Cambridge Law Journal* Vol. 16, No. 1 1958, 105-106. У литератури постоје подаци који указују да су се у пракси догађали овакви случајеви, али такође и ситуације у којима су били испуњени услови за примену изузетака, а деривативна тужба ипак није била дозвољена од стране суда. A. Barak, 27.

<sup>368</sup> A. Barak, 37.

<sup>369</sup> *Ibid.* 38.

утицаја туженог.<sup>370</sup> Полазећи од наведеног схватања америчког права, вероватно је да је постојање правила пословне процене (енг. *business judgement rule*) имало значајан допринос да америчко право не постави строге услове за подношење деривативне тужбе, јер се исправност одлуке директора да не покрену судски поступак могла ценити према елементима правила пословне процене, а за разлику од енглеског права које није имало овај институт компанијског права.<sup>371</sup> Међутим, поред наведеног постојала су и мишљења да је концепт ратификације из правила *Foss vs Harbottle*, у контексту опште потребе да се друштво изјасни о тужби, а не правило пословне процене америчког права представљао разлог за формирање претходног захтева, који и данас представља услов за подношење деривативне тужбе у америчком праву и централни елемент који се разматра приликом утврђивања дозвољености деривативне тужбе.<sup>372</sup> Данас када се објашњава сврха постојања претходног захтева, углавном се наводи да захтев служи очувању надлежности управе да доноси све пословне одлуке, међу које спада и одлука о покретању судског поступка, али да очување тог принципа не буде на штету друштва,<sup>373</sup> што указује да је претходни захтев ипак формиран на темељу правила пословне процене. Такође, на овај закључак може упућивати и то да је америчко право само у једном (кратком) периоду развоја захтевало да се претходни захтев поднесе скупштини друштва, што је основно обележје принципа ратификације енглеског права.<sup>374</sup>

Уочава се да традиционални приступ деривативну тужбу перципира као механизам који у првом реду треба да реши проблеме који су последица специфичности правног субјективитета привредног друштва, односно проблем изражавања правно релевантне воље друштва. Традиционално схватање деривативну тужбу не посматра у контексту решавања сукоба интереса који могу настати унутар друштва, нити као могућност да позитивно утиче на понашање тужених, већ само као начин да се санкционише одређена повреда интереса друштва, без обзира какав ефекат санкција може имати на односе у друштву. Отуда, традиционално схватање деривативну тужбу види као репресивни механизам, који

---

<sup>370</sup> D. Skeel (2007), 5.

<sup>371</sup> Вид. А. Scarlett (2013), 894-895 фн. 374; А. Barak, 38.

<sup>372</sup> Вид. D. Skeel (2007), 5.

<sup>373</sup> D. Fischel, 171, 169.

<sup>374</sup> *Ibid.*, 169.

би требало само да отклони појединачну последицу, али под условом да исти ефекат није могуће постићи на други начин. Дакле, у контексту традиционалног схватања, интерес друштва да се покрене одређени судски поступак није посебно препознат, већ се водило рачуна само о томе да ли је друштво неоправдано спречено да покрене поступак.

На крају, потребно је указати да традиционално схватање деривативне тужбе данас није у потпуности напуштено, већ и даље постоји у једном модификованом облику. Наиме, британски Компанијски закон прописује да је један од критеријума које суд узима у обзир приликом одлучивања о захтеву за наставак поступка по деривативној тужби управо околност да ли се друштво изјаснило о спорној радњи (да ли је радња била или може бити одобрена од стране скупштине или се друштво изјаснило да не жели да покрене поступак). Такође, сва она права која захтевају да члан друштва пре подношења тужбе поднесе претходни захтев друштву или дозвољавају да деривативна тужба може бити спречена од стране друштва на основу препоруке независних лица у основи прихватају традиционално схватање деривативне тужбе које у свом основном значењу дозвољава подношење тужбе само када је друштво очигледно спречено да изрази своју вољу поводом околности које су дале повода за тужбу.

## 1.2. Модерно схватање деривативне тужбе

Са променом схватања о сврси привредног друштва и интереса који постоје унутар друштва, дошло је до промене и схватања деривативне тужбе, а самим тим и сврхе коју деривативна тужба треба да остварује у компанијском праву. До ове промене је дошло почетком или вероватније средином 20. века,<sup>375</sup> када су се појавиле прве јавне компаније, које имају велики број чланова, али и велики број запослених, поверилаца, као и носилаца других интереса унутар друштва.

Промене у схватању деривативне тужбе, најпре су настале када је деривативна тужба сврстана у инструменте заштите мањине у друштву.<sup>376</sup> Поимање

---

<sup>375</sup> A. Scarlett (2013), 840.

<sup>376</sup> На пример: Robert B. Thompson, Randall S. Thomas, The public and private faces of derivative lawsuits, Vanderbilt Law and Economics, Research Paper No. 04-14 2004, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=555813>, 02.04.2017, 18. Осим у теорији, квалификација деривативне тужбе као права мањинских чланова друштва била је присутна и приликом писања британског

деривативне тужбе у контексту заштите мањинских чланова друштва представља одступање од традиционалног схватања деривативне тужбе, које је деривативну тужбу сматрало за инструмент ограниченог домена примене и као изузетак од општих правила. У том погледу, поимање деривативне тужбе као инструмента заштите мањинских чланова друштва, заправо представља заокрет у схватању деривативне тужбе, јер се у овом случају деривативна тужба схвата проактивно, а не само као начин да се отклоне проблеми у изражавању воље привредног друштва. Другим речима, квалификација деривативне тужбе као права мањинских чланова друштва требало би да дозволи примену тужбе у околностима када мањински чланови сматрају да су њихови интереси угрожени, међутим овакво схватање деривативне тужбе је прилично спорно, о чему ће бити речи у оквиру излагања о месту деривативне тужбе у компанијском праву.

Везивање деривативне тужбе за мањинска права акционара је довело до тога да се у модерном компанијском праву деривативна тужба схвата као механизам корпоративног управљања и самим тим и као механизам који би могао допринети решавању одређених сукоба који постоје у друштву. Међутим, потребно је напоменути да се деривативна тужба разматра у контексту корпоративног управљања тек деценију или две. У једном чланку који је објављен 2001. године наведено је да је деривативна тужба до тада била игнорисана од стране теорије корпоративног управљања, што није био случај са колективном тужбом.<sup>377</sup> О појму корпоративног управљања и агенцијским проблемима биће посебно речи у глави IX, те је на овом месту довољно само истаћи да се идеја о корпоративном управљању и агенцијским проблемима заснива на постојању више различитих интереса унутар привредног друштва.<sup>378</sup> Дакле, за разлику од периода са почетка 20. века и раније, када се унутар друштва углавном препознавао само интерес чланова друштва, који се поистовећивао са интересом привредног друштва, у савременом компанијском праву је неспорно да је привредно друштво сачињено од много више интереса. Управо ова околност доводи до тога да интереси који постоје у друштву могу бити

---

Компанијског закона из 2006. године. Вид. Извештај Комисије која је припремала закон, доступно на адреси: [http://www.lawcom.gov.uk/app/uploads/2015/03/cp142\\_Shareholder\\_Remedies\\_Consultation.pdf](http://www.lawcom.gov.uk/app/uploads/2015/03/cp142_Shareholder_Remedies_Consultation.pdf), 02.04.2018, 27.

<sup>377</sup> Stephen P. Ferris, Robert M. Lawless, Anil K. Makhija, Derivative Lawsuits as a Corporate Governance Mechanism: Empirical Evidence on Board Changes Surrounding Filings, CORI, Working Paper No. 01-03, 2001, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=495583>, 01.05.2017, 2.

<sup>378</sup> J. Armour, H. Hansmann, R. Kraakman, 3.

међусобно сукобљени, па се јавила потреба постојања механизма који могу спречити настанак сукоба. Један од механизма који могу служити тој сврси је деривативна тужба, али дилема која данас постоји јесте у којој мери је деривативна тужба ефикасан механизам корпоративног управљања, јер о овој теми постоје потпуно супротстављена мишљења.<sup>379</sup> Околност да се деривативна тужба данас схвата као механизам корпоративног управљања такође потврђује да је промењено схватање сврхе деривативне тужбе. Наиме, ефикасан механизам корпоративног управљања требало би превентивно да делује, односно да сама могућност примене механизма спречава настанак сукоба. У том погледу деривативна тужба је поред постојеће репресивне сврхе, добила и нову сврху, а то је утицај на понашање оних лица која могу бити тужена у поступку по деривативној тужби, при чему није изгубила првобитну сврху, а то је отклањање последица повреде дужности према друштву. Дилема, која данас постоји јесте која сврха деривативне тужбе је примарна, или тачније да ли је превентивна функција деривативне тужбе, као додата, постала значајнија од традиционалне сврхе деривативне тужбе, која ће увек постојати, без обзира на додатне сврхе деривативне тужбе (о чему ће бити речи у наредном поглављу).

Упркос промени схватања, деривативна тужба је и даље задржала основу свог традиционалног схватања, а то је да се темељи на начелу супсидијарности и да није пожељно дозволити неограничену примену деривативне тужбе. Ипак, чини се да модерно схватање деривативне тужбе тежи већем степену примене деривативне тужбе, јер се услови за подношење тужбе структурирају на начин да се чланови друштва подстакну на подношење тужбе, а да се при томе и даље у одређеном облику ограничи њена примена како би се спречило подношење неоснованих тужби (пример наведеног представља енглеско право).<sup>380</sup> Тако је дошло до проширења примене деривативне тужбе и у односу на повреду дужности пажње,<sup>381</sup> те елиминисање неких од традиционалних изузетка у оквиру којих је једино било

---

<sup>379</sup> S. Ferris, R. Lawless, A. Makhija, 3.

<sup>380</sup> Вид. A. Reisberg (2007), 127.

<sup>381</sup> За разлику од енглеског права, у америчком праву дужност пажње је била обухваћена доменом примене деривативне тужбе, али је тек 1985. године забележен први случај када су директори проглашени одговорним за повреду дужности пажње (*Smith v. Van Gorkom*). Lawrence A. Hamermesh, *Twenty Years After Smith v. Van Gorkom: An Essay on the Limits of Civil Liability of Corporate Directors and the Role of Shareholder Inspection Rights*, *Washburn Law Journal*, Vol. 45 2006, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=1122390>, 02.04.2017, 283.

могуће поднети тужбу, али су формирана нова решења која би требало да остваре баланс између нове функције деривативне тужбе и спречавања њене злоупотребе. На пример, формирана је посебна улога суда у поступку по деривативној тужби, која се не своди само на утврђивање прописаних услова за подношење тужбе и одлучивање о основаности тужбеног захтева, већ судови у одређеним правима имају надлежност и за одлучивање о целисходности деривативне тужбе у сваком конкретном случају, од које одлуке зависи могућност наставак поступка по тужби. Поред наведеног, у америчком праву је након појаве великих корпоративних скандала са почетка 20. века, уочено да су судови блаже ценили стандарде који се примењују приликом оцене дозвољености тужбе, те да су у том периоду судови дозволили наставак поступка по деривативној тужби, што не би био случај у неком ранијем периоду. Међутим, у овом случају судови нису формирали нове стандарде одговорности нити правила поступка, већ су само интуитивно блаже ценили услове за подношење тужбе, што је било критиковано у литератури, јер је у једном периоду створило висок степен несигурности, како за тужиоце, тако и за тужене.<sup>382</sup> Са овог аспекта је посебно критикована одлука суда у поступку *In re Walt Disney Co. Derivative Litigation*, који се у крајњем исходу ипак окончао негативно по тужиоце.<sup>383</sup>

Међутим, истовремено модерно схватање је донекле допринело и сужавању примене деривативне тужбе, јер је формиран додатни услов за оцену дозвољености тужбе, а то је да је тужба у сваком конкретном случају у интересу друштва, што није изједначено да основаношћу тужбеног захтева. У том погледу може се рећи да је интерес друштва као претпоставка дозвољености деривативне тужбе данас најзначајнији, али и најспорнији сегмент уређења деривативне тужбе. Ипак, потребно је напоменути да не захтевају сва позитивна права да деривативна тужба буде у интересу друштва, међу којима је и српско право.

Као закључак може се речи да је најзначајнија новина која је дошла са модерним схватањем деривативне тужбе та што је интерес друштва стављен као центри, јер већина права прописује да је деривативна тужба недозвољена уколико није у интересу друштва. Дакле, за разлику од традиционалног схватања када се

---

<sup>382</sup> Ann M. Scarlett, Confusion and Unpredictability in Shareholder Derivative Litigation: The Delaware Courts' Response to Recent Corporate Scandals, Florida Law Review Vol. 60 2008, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=1346549>, 02.06.2018, 593.

<sup>383</sup> *Ibid.*, 592.

деривативна тужба посматрала искључиво у контексту способности друштва да изрази своју вољу поводом одређеног спора, модерно схватање деривативне тужбе је традиционално схватање уздигло на виши степен, те је разматрање околности да ли је друштво неоправдано спречено да поднесе тужбу само један од елемената који се цене приликом утврђивања крајњег циља, а то је да ли је деривативна тужба у интересу друштва. Додатно, појам интерес привредног друштва није нужно изједначен са интересом његових чланова, као што је то случај код традиционалног схватања деривативне тужбе.



## ГЛАВА VII

### СВРХА ДЕРИВАТИВНЕ ТУЖБЕ

#### 1. Значај питања сврхе деривативне тужбе

Теорија сматра да деривативна тужба може имати две сврхе, а то су накнада штете и превентивни утицај на понашање лица која могу бити тужена у поступку по деривативној тужби.<sup>384</sup> Дилема о сврси деривативне тужбе се односи на функцију коју деривативна тужба остварује најпре у компанијском праву, а затим и друштву у целини. У том погледу истиче се да деривативна тужба може имати или функцију накнаде штете (репресивна функција) или може служити као механизам који би требало да одврати од кршења дужности према друштву (превентивна функција). Питање сврхе деривативне тужбе једно је од спорнијих тема које се везују за деривативну тужбу<sup>385</sup> и има вишеструки значај за правилно разумевање деривативне тужбе.

На првом месту, одређивање сврхе деривативне тужбе утиче на формирање законодавног оквира деривативне тужбе у сваком појединачном праву,<sup>386</sup> јер деривативна тужба која је примарно усмерена ка репресивној или превентивној сврси по правилу не може се заснивати на идентичним законодавним решењима. У том смислу, питање сврхе деривативне тужбе може имати великог значаја за утврђивање допуштености деривативне тужбе, што је веома значајно у оним правима у којима суд или независна лица у друштву одлучују о томе да ли треба дозволити наставак поступка по тужби. У овој фази поступка је веома значајно питање да ли деривативна тужба треба да служи искључиво санкционисању недозвољеног понашања, или деривативна тужба има „виши циљ“, односно превентивни утицај на понашање туженог. Наиме, може се испоставити да су трошкови поступка како судски, тако и они који претходе припреми тужбе, већи од

---

<sup>384</sup> В. Савковић (2004), 30. Исти закључак се односи и на остале акционарске тужбе, а пре свега колективну тужбу, вид. James D. Cox, Randall S. Thomas, Mapping the American Shareholder Litigation Experience: A Survey of Empirical Studies of the Enforcement of the U.S. Securities Law, *European Company & Financial Law Review* 164-203 2010, доступно на адреси: [http://scholarship.law.duke.edu/faculty\\_scholarship/2329](http://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/2329), 01.05.2017, 20; Kenneth B. Davis, The Forgotten Derivative Suit, *Vanderbilt Law Review*, Vol. 61 2008, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=1031755>, 03.05.2016, 38, 43.

<sup>385</sup> В. Савковић (2004), 29.

<sup>386</sup> *Ibid.*, 29-30.

користи коју друштво може остварити успешним окончањем поступка. Код оваквог стања ствари опредељење законодавца само за репресивну функцију деривативне тужбе указивало би да не би требало дозволити наставак поступка по тужби, јер се основни циљ – накнада штете не би постигао, али са друге стране опредељење законодавца за превентивну функцију деривативне тужбе би указивало да је тужба ипак дозвољена уколико покретање поступка може дати пример за убудуће, односно на који начин је било потребно поступити у спорној ситуацији.<sup>387</sup>

На крају, опредељивање сврхе или функције деривативне тужбе има важну улогу приликом оцењивања успешности деривативне тужбе као института компанијског права. Уколико је репресивна функција примарна, онда се мера успешности деривативне тужбе опредељује кроз број судских поступка који су окончани усвајањем тужбеног захтева. Са друге стране, уколико се сматра да је примарна превентивна функција, онда и поступци који нису успешно окончани из било ког разлога, могу бити од значаја, уколико превентивним деловањем доводе до смањеног броја случајева у којима се крше дужности према друштву. Додатно, уколико се деривативна тужба посматра кроз репресивну функцију, онда једина алтернатива која стоји деривативној тужби је директна тужба поднета од стране друштва или осигурање од одговорности тужених (првенствено управе).<sup>388</sup> Са друге стране, уколико се деривативна тужба посматра кроз превентивну функцију, онда исту сврху могу имати и друга правна средства предвиђена компанијским правом (други механизми корпоративног управљања).<sup>389</sup>

## 2. Две сврхе деривативне тужбе

Поред наведеног, у теорији постоје и додатне сврхе деривативне тужбе, које се могу назвати и споредним сврхама. Тако, проф. Арад Реизберг (енгл. *Arad Reisberg*) сматра да деривативна тужба може имати и функцију принудног извршења

---

<sup>387</sup> A. Reisberg (2007), 56-60.

<sup>388</sup> *Ibid.*, 59.

<sup>389</sup> На пример, сматра се да давање накнада у виду акција друштва, као и правила о објављивању, могу пре допринети да директори поступају у интересу друштва, него страх од могућности подношење деривативне тужбе. Daniel R. Fischel, Michael Bradley, *The Role of Liability Rules and the Derivative Suit in Corporate Law: A Theoretical and Empirical Analysis*, 1986, доступно на адреси: [http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2420&context=journal\\_articles](http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2420&context=journal_articles), 01.05.2017, 270 фн. 21, 291. *Ibid.*, 37-38.

посебних дужности према друштву и такозвану интерпретативну функцију.<sup>390</sup> Интерпретативна функција деривативне тужбе подразумева да деривативна тужба помаже тумачењу правних стандарда помоћу којих се дефинишу посебне дужности према привредном друштву, или другим речима деривативна тужба помаже се да постави граница између дозвољеног и недозвољеног понашања.<sup>391</sup>

Када је реч о принудном извршењу посебних дужности према привредном друштву, у основи ова функција представља конкретизацију репресивне функције деривативне тужбе, јер се акценат ставља на садржину норми које се принудно извршавају. Исто тако када је реч о интерпретативној функцији деривативне тужбе, уочава се да је блиска превентивној функцији, с обзиром на то да граница дозвољеног понашања која се постави у једном случају представља упутство за поступање у будућности. У том погледу подела функција деривативне тужбе и даље остаје дихотомна на репресивну и превентивну функцију.

Може се рећи да је неспорно да деривативна тужба има обе наведене функције,<sup>392</sup> али питање о којем се може расправљати јесте која функција је примарна, како приликом законодавног регулисања деривативне тужбе, тако и приликом оцене њене ефикасности.

## 2.1. Репресивна функција

Репресивна функција деривативне тужбе представља генерички појам који обухвата како остваривање захтева за накнаду штете, тако и захтева за поништај правног посла или остваривање било ког другог захтева који по својој садржини представља грађанско правну последицу повреде понашања које је дало повода за деривативну тужбу (по правилу, реч је о повреди посебних дужности према друштву).

Репресивна функција деривативне тужбе се везује за традиционално схватање деривативне тужбе, па је самим тим реч о функцији која је прва настала и која се практично сматрала једином функцијом деривативне тужбе, све до појаве модерног схватања деривативне тужбе. Репресивна функција деривативне тужбе,

---

<sup>390</sup> A. Reisberg (2007), 51.

<sup>391</sup> *Ibid.*, 52-53.

<sup>392</sup> James D. Cox, The social meaning of shareholder suits, Brooklyn Law Review 1999, доступно на адреси: <https://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol65/iss1/2/>, 25.12.2017, 8.

иако би требало да се своди на реализацију грађанско правне санкције која је законом прописана за кршење дужности према друштву, по мишљењу проф. Арад Реизберга, требало би да се посматра у ширем контексту, односно може се рећи да је деривативна тужба остварила репресивну функцију тек уколико је исход судског поступка донео већу корист друштву у односу на трошкове које је друштво имало поводом тог истог поступка.<sup>393</sup>

Данашња теорија истиче неколико примедби, тачније недостатака репресивне функције деривативне тужбе.<sup>394</sup> Реч је о недостацима који се углавном цитирају када је реч о репресивној функцији деривативне тужбе. У том погледу сврха наредних излагања је да након представљања аргументације на којој се заснивају тезе о недостацима репресивне функције деривативне тужбе, покуша да оцени основаност ових аргумената са аспекта српског права.

Први недостатак репресивне функције деривативне тужбе везује се за могућност промене власништва над акцијама/уделима у друштву, те је чест случај да акционари који су за време штетног догађаја били чланови друштва, касније продају акције, због чега корист од деривативне тужбе заправо имају чланови друштва који нису претрпели штету.<sup>395</sup> У том смислу, постоје чак и схватања да су се накнадни чланови неосновано обогатили, јер су добили повраћај вредности, коју претходно нису изгубили (јер су по правилу платили реалну вредност удела, у коју је урачунат губитак друштва због кршења дужности према друштву). Други недостатак репресивне функције деривативне тужбе се своди на констатацију да штета коју је претрпело друштво у већини ситуација није идентична штети коју су претрпели чланови друштва поводом истог догађаја. На пример, пад вредности акција услед штетног догађаја може бити знатно већи у односу на висину штете коју је друштво претрпело.<sup>396</sup> Трећи недостатак који се наводи јесте да су истраживања у САД показала да је нето добитак успешно окончаног поступка по деривативној тужби, посматрано у односу на појединачне акције свега неколико центи, тачније потпуно је занемарљив, из ког разлога репресивна функција не доприноси стварању подстицаја за подношење тужбе.<sup>397</sup> Четврти недостатак који се наводи јесте да

---

<sup>393</sup> A. Reisberg (2007), 56.

<sup>394</sup> *Ibid.*; В. Савковић (2004), 32-33.

<sup>395</sup> A. Reisberg (2007), 57.

<sup>396</sup> *Ibid.*, 58.

<sup>397</sup> *Ibid.*

захтев у поступку по деривативној тужби може бити и неновчани, а не само у виду накнаде штете, услед чега апсолутно нема директне користи коју чланови друштва остварују деривативном тужбом.<sup>398</sup> На крају, накнада штете се може остварити и другим инструментима, а не само деривативном тужбом, као на пример осигурањем.<sup>399</sup>

На основу наведених недостатака репресивне функције деривативне тужбе може се закључити да се не могу прихватити као основани, јер се заснивају на погрешним премисама. Прво, репресивна функција деривативне тужбе не може се свести само на накнаду штете, већ ова функција укључује истицање и свих других законом предвиђених грађанско правних санкција. Од посебног значаја су конститутивне тужбе, као што је тужба за поништај правног посла или искључење члана из друштва. Чини се да је права вредност репресивне функције деривативне тужбе не у захтевима за накнаду штете, већ управо у неновчаним захтевима, јер у том случају крајњи успех у поступку не зависи од имовинског стања туженог, већ се уклања одређени правни основ који може представљати извор константне штете за друштво (на пример, уговор који је закључен на дужи период под условима који су неповољнији од тржишних, а којим се друштву намеће обавеза трајног карактера или присуство члана друштва који константо врши блокаду функционисања). Када се репресивна функција деривативне тужбе посматра на овај начин, онда је јасно да деривативна тужба не може имати алтернативу, осим директне тужбе, која вероватно неће бити поднета.

Друго и много важније, сви наведени недостаци репресивне функције деривативне тужбе се заснивају на интересу чланова као централном, а не на интересу привредног друштва. Овако схватање је у складу са теоријом о приоритету интереса чланова, која је заступљена у америчком праву, те је потребно напоменути да су сви наведени недостаци формирану у америчкој литератури, а касније су преузимани од стране аутора из других правних подручја.<sup>400</sup> У односу на српско право, постављање интереса чланова друштва као примарног за потребе оцене значаја репресивне функције деривативне тужбе је погрешно, јер деривативна тужба неспорно служи заштити интереса друштва, а не интереса појединачних чланова

---

<sup>398</sup> *Ibid.*, 59.

<sup>399</sup> *Ibid.*

<sup>400</sup> *Ibid.*, 54.

друштва. Интерес привредног друштва некада ће бити изједначен са интересом чланова друштва, али некада ће укључивати и друге интересе у друштву. Гранична линија између интереса привредног друштва као неодређеног појма и интереса чланова друштва, као нечег што је једноставније појмовно одредити, у српском праву мора бити формирана на начин да интерес друштва не може бити тумачен на начин да се у конкретном случају појединачним члановима друштва наноси штета, позивањем на интерес друштва. Управо овако постављен однос интереса друштва и његових чланова у српском праву указује да није реч о идентичним интересима. Имајући у виду све наведено, може се закључити да изложене примедбе репресивне функције деривативне тужбе које као основ имају интерес чланова друштва не могу се прихватити, барем када је реч о српском праву.

У основи једина озбиљна замерка репресивне функције деривативне тужбе која се може истаћи јесте да ли има смисла подносити деривативну тужбу уколико ће поступак по тужби више коштати у односу на добит која се може остварити у поступку. Међутим, дилема која се овде поставља се заправо заснива на замени теза. Наиме, овде се сврха деривативне тужбе замењује са подстицајем чланова друштва за подношење тужбе. Барем када је реч о српском праву, чланови друштва који подnose тужбу су лица која носе трошкове поступка, а не друштво. У том погледу, колико год била занемарљива добит остварена у поступку, за друштво она представља само добит. Неспорно, може се догодити да постојање поступка по деривативној тужби представља одређени вид репутационе штете за друштво, али би такву штету било веома тешко утврдити и предвидети да ли ће уопште настати, те је самим тим спорно када би ова чињеница била од значаја за доношење одлуке о покретању поступка. У контексту одмеравања потенцијалне користи и губитка од вођења поступка по деривативној тужби, ова тема може бити значајна пре за саме чланове који намеравају да поднесу тужбу, јер они у крајњем ефекту могу бити на губитку уколико изгубе спор, или уколико остварена корист друштва није сразмерна њиховом уложеном труду и новчаним средствима. Међутим, наведене околности не би требало да доведу у питање значај репресивне функције деривативне тужбе, већ да ли чланови друштва имају адекватан подстицај да поднесу тужбу, што је потпуно различито питање од сврхе деривативне тужбе.

## 2.2. Превентивна функција

Превентивна функција деривативне тужбе најједноставније се може објаснити на следећи начин. Могућност подношења деривативне тужбе утиче на понашање директора и других лица која могу бити тужена у поступку по деривативној тужби, на начин да их одвраћа од кршења дужности према друштву.<sup>401</sup>

Већина савремених аутора превентивну функцију деривативне тужбе ставља испред репресивне функције, углавном наводећи да једино превентивна функција деривативне тужбе може допринети приближавању интереса чланова друштва и управе, а самим тим бити и један од механизма решавања агенцијских проблема.<sup>402</sup> Сматра се да превентивна функција деривативне тужбе све више добија на значају, јер постоји тенденција да се сужава одговорност управе (увођењем осигурања од одговорности, основа за искључење одговорности), услед чега је репресивна функција готово нестала.<sup>403</sup> У основи ефекат превентивне функције се огледа у будућем скривљеном понашању које се није догодило јер је лице које је намеравало да повреди своје дужности према друштву од њега одустало због могућности да буде тужено у поступку по деривативној тужби.<sup>404</sup>

Теорија сматра да крајњи ефекти превентивне функције деривативне тужбе зависе од две околности, прва је извесност примене санкције, а друга је тежина примењене санкције.<sup>405</sup> Другим речима, може се говорити о ефикасној превентивној функцији деривативне тужбе само уколико се деривативна тужба заиста примењује у пракси и уколико санкција која буде одређена у поступку представља довољан удар на имовинску и личну сферу туженог, у смислу да ће тежина санкције

---

<sup>401</sup> У овом случају од значаја је и начин на који судови схватају деривативну тужбу, јер ако се тужбе подносе, а већина њих се одбије или одбаци, то такође може представљати подстицај за предузимање недозвољеног понашања, јер је мало вероватно да ће уследити санкција од стране суда. Вид. D. Fischel, M. Bradley, 278.

<sup>402</sup> A. Reisberg (2007), 60; S. Ferris, R. Lawless, A. Makhija, 3-4; В. Савковић (2004), 33. Са друге стране постоје мишљења која се заснивају на емпијским истраживањима, а која показују да деривативна тужба не доводи до уједначавања интереса управе и чланова. *Ibid.*, 292.

<sup>403</sup> K. Davis, 29. Тенденција ограничавања одговорности је постојала посебно када је реч о неизвршним директорима. Вид. Brian R. Cheffins, Bernard B. Black, Outside Director Liability: A Policy Analysis, *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 2006, доступно на адреси: <http://ssrn.com/abstract=878135>, 12.03.2012, 9, 13.

<sup>404</sup> A. Reisberg (2007), 60.

<sup>405</sup> *Ibid.*, 64.

превазићи вредност очекиване добити од недозвољеног понашања.<sup>406</sup> За превентивну функцију је такође специфично да она функционише на два нивоа. Наиме, превентивна функција може деловати на директоре конкретног друштва чији се интереси штите у поступку, али и на директоре свих других друштава која се налазе у сличном положају као и претходно друштво.<sup>407</sup> У том погледу, слично као и у кривичном праву, може се говорити о специјалној и генералној превенцији, при чему се најчешће предност даје генералној превенцији, јер има позитиван ефекат на ширу друштвену заједницу.<sup>408</sup>

Превентивна функција деривативне тужбе се често повезује са начином перцепције деривативне тужбе у одређеном друштву. У том погледу се истиче да што се деривативна тужба више цени као правни инструмент, то ће њен превентивни утицај бити снажнији.<sup>409</sup> У овом случају није реч само о томе које санкције се досуђују у поступку по деривативној тужби, већ да ли може настати социјална стигма (јавна осуда) због укључености у поступак по деривативној тужби на страни туженог.<sup>410</sup> За поимање деривативне тужбе у социолошком смислу од значаја су правила поступка (на пример, да ли је улога суда наглашена, што уколико јесте случај доводи до већег угледа деривативне тужбе), али и ограничења која се постављају деривативној тужби, јер се сматра да уколико је тужилац у конкретном случају превазишао постављена ограничења, реч је о понашању туженог које заслужује да буде санкционисано.<sup>411</sup>

Потребно је истаћи да је постојање превентивне функције деривативне тужбе неспорно, међутим није основан закључак да је превентивна функција деривативне тужбе примарна посматрано у односу на репресивну функцију. Пре се може рећи обрнуто, а то је да превентивна функција деривативне тужбе заправо произилази из репресивне функције и представља њен додатни ефекат. Наиме, у државама у којима се деривативна тужба не примењује, тешко се може говорити о превентивној функцији деривативне тужбе. Фактички у овим правима превентивна функција деривативне тужбе не постоји. Са друге стране, у овим правима репресивна

---

<sup>406</sup> *Ibid.*, 64-65.

<sup>407</sup> *Ibid.*, 61.

<sup>408</sup> *Ibid.*

<sup>409</sup> *Ibid.*, 74.

<sup>410</sup> *Ibid.*, 73.

<sup>411</sup> J. Cox (1999), 20.



функција деривативне тужбе увек постоји као могућност уколико се нађе тужилац који има жељу да покрене поступак и на крају успе у спору.

Затим, као што и сами поборници превентивне функције деривативне тужбе истичу, ефекат превентивне функције деривативне тужбе је тешко мерљив из два разлога. Први је тај да се понашање сваког појединца заснива на субјективним разлозима који тешко могу бити утврђени, из ког разлога је скоро немогуће установити да ли је у конкретном случају недозвољено понашање спречено претњом подношења деривативне тужбе или због неког другог разлога.<sup>412</sup> Одмах након ове констатације се јавља следећи разлог, а то је да постоје и други механизми компанијског права, поред деривативне тужбе, који би требало да подстичу појединца да се примерено понаша, те је готово немогуће утврдити који конкретно разлог је највише утицао да до недозвољеног понашања не дође.<sup>413</sup> Претходно наведено није основ за оспоравање постојања превентивне функције деривативне тужбе, али јесте аргумент којим се може оспорити приоритет превентивне функције, у односу на репресивну. За констатацију да је превентивна функција значајнија од репресивне неопходно је постојање емпиријских података, на пример, колико је један успешно окончан поступак по деривативној тужби спречио повреда дужности према друштву, што је немогуће утврдити.

Још једно схватање присутно у теоријама које се залажу за превентивну функцију деривативне тужбе, а које је веома спорно, јесте да ови аутори сматрају да се прави ефекат превентивне функција остварује у другим друштвима, а не у конкретном друштву које је било укључено у поступак по деривативној тужби.<sup>414</sup> Дакле, сходно овом тумачењу деривативна тужба се подноси са циљем како директори у другим компанијама не би кршили своје дужности, што је врло споран закључак јер се тиме деривативна тужба уздиже на прилично апстрактан ниво поимања. Овај закључак у крајњем ефекту подразумева да би члан друштва када се одлучује на покретање поступка требало да цени на који начин постојање поступка може утицати на субјекте који припадају широј друштвеној заједници, као и да би исти критеријум требало узети у обзир приликом предузимања самих радњи у поступку, односно оцене дозвољености деривативне тужбе. Поступак по

---

<sup>412</sup> *Ibid.*, 60.

<sup>413</sup> *Ibid.*

<sup>414</sup> *Ibid.*, 67.

деривативној тужби по својој природи спада у грађанско правне спорове у којем суд може водити искључиво рачуна о интересима парничних странака, а не о јавном интересу или интересу трећих лица. Отуда чак и у правима у којима суд одлучује о целисходности тужбе и потребе вођења поступка, суд приликом одлучивања о дозвољености тужбе требало би да узме у обзир само интерес конкретног привредног друштва, а не јавне интересе.<sup>415</sup>

На крају, озбиљан недостатак превентивне функције деривативне тужбе јесте тај да се заснива на учесталости и озбиљности санкције која се у поступку примењује. Међутим, овако постављена примарна функција деривативне тужбе у себи носи опасност од подношења неоснованих тужби, јер једино већи број тужби у пракси може вршити довољан притисак на потенцијалне тужене. Све наведено у крајњем ефекту може у великој мери утицати пословну иницијативу код директора друштва, поготово уколико у конкретном праву не постоје или нису развијени адекватни механизми заштите (као што је случај са институтом правила пословне процене).<sup>416</sup> Истовремено, наведено схватање указује да превентивна сврха директно потиче од репресивне сврхе.

На крају, потребно је поменути да и општа теорија облигационог права сматра да „ако установа одговорности за штету има одређени превентивни потенцијал, то не може бити сврха њеног постојања, већ само њен секундарни, посредни ефекат“.<sup>417</sup> Имајући у виду да део материјалног домена деривативне тужбе представља накнада штете, исти закључак се мора односити и на деривативну тужбу.

### 3. Закључак

На основу свега наведеног може се закључити да је сврха деривативне тужбе принудно остварење санкција прописаних у оквиру материјалног домена примене деривативне тужбе.<sup>418</sup> У страној литератури, а под тим утицајем и у нашој литератури, обично се даје предност превентивној сврси деривативне тужбе, било да

---

<sup>415</sup> За супротно мишљење вид. *Ibid.*, 68-69.

<sup>416</sup> *Ibid.*, 62.

<sup>417</sup> Марија Караникић Мирић, *Кривица као основ деликтне одговорности у грађанском праву*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2009, 312.

<sup>418</sup> У српском праву то су повреда посебних дужности према друштву, правила о ограничењима плаћања код акционарског друштва и искључење члана из друштва са ограниченом одговорношћу.

се каже да је то једина сврха деривативне тужбе или да је у питању примарна сврха у односу на репресивну сврху. Наглашавање превентивне сврхе деривативне тужбе, представља у суштини идеализовање деривативне тужбе, што може бити један од узрока због којег се деривативна тужба понекад оцењује као не баш користан правни институт. Наиме, истицање у први план превентивне сврхе деривативне тужбе заснива се на погрешном разумевању односа два одвојена сегмента компанијског права, а то су материјални домен примене деривативне тужбе и сама деривативна тужба посматрамо самостално. Дужности прописане у оквиру материјалног домена примене деривативне тужбе су те које би требало да превентивно делују, јер дају упутства о начину понашања према друштву. Међутим, када дужности као превентиван механизам закажу, онда следи поступак по директној или деривативној тужби које за основни, или барем примарни, циљ имају отклањање последица насталих услед кршења посебних дужности према привредном друштву.

Дакле, сврха деривативне тужбе је да се принудним путем оствари накнада штете или други имовинско правни захтев привредног друштва који је настао као последица кршења дужности према привредном друштву. Неспорно, деривативна тужба, као и свака друга тужба може на одређене појединце имати и превентивни ефекат, у смислу да ће их сама могућност подношења тужбе одвратити од недозвољеног понашања (такозвана репресија у функцији превенције). Међутим, имајући у виду да разлози за одређено понашање остају на нивоу унутрашње сфере сваког појединца, тешко можемо открити разлог конкретног понашања. У том погледу, превентивна функција деривативне тужбе је тешко мерљива и као таква тешко може представљати примарну сврху деривативне тужбе. Такође, у праву је позната подела на генералну и специјалну превенцију, па се онда може поставити и додатно питање да ли деривативна тужба за сврху има специјалну или генералну превенцију или и једно и друго. Све наведено су сложена питања, која свакако треба да буду део расправе о сврси постојања деривативне тужбе, међутим, као закључак треба истаћи да примарна сврха деривативне тужбе, која је и самим законом дефинисана, јесте остваривање имовинско правног захтева привредног друштва. Истицање у први план превентивне функције деривативне тужбе није одрживо, док се остваривање ове функције не постави као примарни услов за подношење тужбе, што није случај у српском праву, нити у другим правима.

## ГЛАВА VIII

### ДЕРИВАТИВНА ТУЖБА КАО ИЗУЗЕТАК ОД ОПШТИХ ПРАВИЛА КОМПАНИЈСКОГ И ГРАЂАНСКОГ ПРАВА

У уводим излагањима поменуто је да једно од кључних обележја деривативне тужбе јесте да представља изузетак од начела грађанског и компанијског права. Под појмом начела у овом случају подразумева се елемент који чини саставни део метода регулисања друштвених односа који чине предмет одређене гране права.<sup>419</sup> Друштвени односи који се регулишу деривативном тужбом припадају у првом реду компанијском праву, па је у том смислу потребно преиспитати однос деривативне тужбе и општих начела компанијског права. Међутим, имајући у виду да је компанијско право настало на темељима грађанског права, те да је самим тим однос грађанског права једнак односу општег према посебном,<sup>420</sup> потребно је преиспитати и однос деривативне тужбе према општим начелима грађанског права.

#### 1. Уопште о начелима грађанског права

Савремена српска наука грађанског права сагласна је да постоје општа начела грађанског права која се могу применити на све грађанско правне односе, без обзира којој сфери грађанског права припадају, међутим, међу теоретичарима не постоји сагласност у погледу броја начела грађанског права.

Проф. Антић сматра да постоје два темељна начела грађанског права – аутономија воље и начело савесности и поштења,<sup>421</sup> док се у ширем смислу може говорити и о начелима које је проф. Гамс назвао елементима грађанско правног метода, а то су начело аутономије воље (начело диспозиције), начело једнакости странака (начело координације), начело прометљивости права и обавеза и начело имовинске санкције.<sup>422</sup> Са друге стране, проф. Водинелић сматра да постоји већи број начела, па тако поред начела која је дефинисао проф. Гамс, сматра да постоји и пето начело заштите на приватни захтев.<sup>423</sup> На основу наведеног може се закључити

---

<sup>419</sup> Д. Стојановић, О. Антић, 5.

<sup>420</sup> М. Васиљевић (2013а), 23.

<sup>421</sup> Д. Стојановић, О. Антић, 9.

<sup>422</sup> *Ibid.*, 6-9; А. Гамс, 37-42.

<sup>423</sup> В. Водинелић, 42-47.

да савремена теорија грађанског права у основи прихвата поделу начела грађанског права коју је поставио проф. Гамс, те да једина тачка спорења постоји у погледу тога да ли је заштита на приватни захтев самостално начело или је саставни део начела аутономије воље, односно начела диспозиције.

Имајући у виду наведено, потребно је напоменути да се деривативна тужба односи на (спорно) начело заштите на приватни захтев. Наиме, начело аутономије воље или диспозиције, у свом основном значењу подразумева да субјекти грађанског права слободно одлучују о заснивању, садржини и престанку грађанског права.<sup>424</sup> Наведено представља такозвани материјално правни аспект начела диспозиције. Са друге стране, може се говорити и о процесно правном аспекту начела диспозиције, сходно којем у случају повреде грађанског права, само титулар повређеног права одлучује на који начин ће заштити повређено право, између осталог и да ли ће покренути судски поступак.<sup>425</sup> Како је наведено, проф. Водинелић сматра да процесно правни аспект начела диспозиције због свог значаја и општег нивоа примене има ранг засебног начела, док други теоретичари то оспоравају. Међутим, за потребе анализе деривативне тужбе није у толикој мери значајно да ли заштита на приватни захтев представља саставни део начела диспозиције или има статус засебног начела, с обзиром на то да је садржина овог начела идентична у оба случаја. За анализу деривативне тужбе је много значајније питање да ли је деривативна тужба заиста изузетак од начела диспозиције, односно начела заштите на приватни захтев.

### 1.1. Условни изузетак од начела диспозиције грађанског права

У претходним излагањима било је речи о томе да је једно од важних обележја деривативне тужбе то да тужбу подноси лице које није учесник материјално правног односа из ког потиче право које се тужбом штити. Имајући у виду да начело диспозиције или аутономије воље грађанског права подразумева да субјекти грађанског права слободно одлучују о томе да ли ће штитити њихово грађанско право које је повређено или угрожено од стране трећег лица,<sup>426</sup> у случају

---

<sup>424</sup> А. Гамс, 39; Д. Стојановић, О. Антић, 7; В. Водинелић, 42.

<sup>425</sup> Д. Стојановић, О. Антић, 9.

<sup>426</sup> Д. Стојановић, О. Антић, 7; В. Водинелић, 46.

деривативне тужбе јасно је да се тужбом штите права која по својој природи представљају грађанска права (накнада штете или реализација друге имовинске санкције), али и да тужбу не подноси титулар тог грађанског права, односно привредно друштво, већ члан друштва који у односу на друштво чије се право штити представља треће лице. Отуда, на први поглед чини се да деривативна тужба представља један од изузетака процесног аспекта начела диспозиције или самосталног начела заштите на приватни захтев, јер се повређено грађанско право не штити директно од титулара права.

Међутим, уколико се анализира садржина учења о процесном аспекту начела диспозиције, може се уочити да досадашња правна наука као изузетак од процесног аспекта начела диспозиције подразумева само ситуације када се судски поступак покреће од стране суда по службеној дужности или од стране другог органа који врши одређена јавна овлашћења.<sup>427</sup> Другим речима, није наведено да се као изузетак од начела диспозиције сматра и ситуација у којој се судски поступак покреће од стране лица које није титулар права које се тужбом штити, али који тужбу подноси ради заштите приватно правних интереса.

Имајући у виду наведено, према садашњем стању теорије деривативна тужба може представљати изузетак од процесног аспекта начела диспозиције само у ширем смислу, односно уколико се под изузетком од овог начела могу подразумевати и ситуације када тужбу ради заштите грађанског права може поднети и друго лице које наступа у приватно правном својству, а не као заштитник одређених јавних интереса. Са друге стране, уколико се изузетак од процесног аспекта начела диспозиције сведе само на ситуације у којима тужбу ради заштите грађанских права подноси лице које наступа у јавно правном својству (покретање поступка по службеној дужности), у том случају деривативна тужба не може представљати изузетак од начела диспозиције (начела заштите на приватни захтев).

## 1.2. Изузетак од правила о постојању јединства стварне и процесне легитимације

Без обзира на околност да ли је деривативна тужба изузетак од процесног аспекта начела диспозиције грађанског права, деривативна тужба неспорно представља један од ретких изузетка од правила о постојању јединства стварне и

---

<sup>427</sup> Д. Стојановић, О. Антић, 7; В. Водинелић, 47.

процесне легитимације у парничном поступку. О појму стварне и процесне легитимације у парничном поступку биће више речи у оквиру излагања о процесно правној анализи деривативне тужбе, док ће на овом месту бити дата само општа дефиниција појмова за потребе разумевања излагања у овом поглављу.

Под појмом легитимације у парничном поступку подразумева се припадност материјалног права и права на вођење спора једном лицу, односно тужиоцу. Припадност материјалног права тужиоцу се назива стварна легитимација, док се право на вођење спора назива процесна легитимација.<sup>428</sup> У највећем броју случајева стварна легитимација и процесна легитимација се сублимирају у једном субјекту, па лице које је учесник одређеног материјално правног односа и које је самим тим титулар одређеног субјективног права увек може по слободној вољи да пред судом захтева заштиту повређеног или угроженог права. У том погледу када код одређеног субјекта постоји стварна легитимација, без изузетка ће постојати и процесна легитимација.<sup>429</sup>

У посебним околностима које морају бити изричито прописане законом, једно лице може имати процесну легитимацију за вођење спора, иако није титулар права које се тужбом штити.<sup>430</sup> Тада, стварна легитимација постоји код једног лица, које по општем правилу може поднети тужбу ради заштите угроженог права. Међутим, поред титулара права, у одређеним околностима тужбу може поднети и друго лице коме закон изричито даје право на вођење спора, односно процесну легитимацију. Деривативна тужба је један од ретких изузетака у нашем праву када закон процесну легитимацију, односно право на вођење спора даје и другом лицу, а не само титулару права које се тужбом штити. Поред деривативне тужбе, у српском праву раздвајање стварне и процесне легитимације постоји још само у следећим случајевима: *actio popularis* (еколошка тужба из чл. 156 Закона о облигационим односима), тужба за утврђење постојања или непостојања брака или поништај брака из разлога апсолутне ништавости, заштита ауторских права од стране специјализоване организације, заштита права поводом стечаја коју остварује стечајни управник, заштита права поводом заоставштине коју остварује привремени

---

<sup>428</sup> Боривоје Познић, *Грађанско процесно право*, Савремена администрација, Београд 1986<sup>9</sup>, 130. Б. Познић, В. Ракић Водинелић, 204.

<sup>429</sup> Б. Познић (1986), 130; Б. Познић, В. Ракић Водинелић, 204.

<sup>430</sup> Б. Познић, В. Ракић Водинелић, 205.

старалац заоставштине.<sup>431</sup> У свим наведеним случајевима, закон је право на вођење спора дао трећем лицу, између осталог ради остваривања одређеног јавног интереса. Имајући у виду наведено закључује да се деривативна тужба издваја и у односу на друге случајеве раздвајања стварне и процесне легитимације, јер јавни интерес који се евентуално може штитити деривативном тужбом, уколико чак и постоји, није очигледан, нити примаран, као што је случај са осталим поменути тужбама.

## 2. Уопште о начелима (принципима) компанијског права

Термин „начела компанијског права“ у досадашњој литератури није у великој мери заступљен, те се ретко говори о овом појму. У околностима када се у литератури помиње појам „начело“ или „принцип“ компанијског права, на основу излагања о њиховој садржини, уочава се да ипак није реч о начелима, већ о одређеним карактеристикама компанијског права које не представљају општа начела у складу са којима функционише ова грана права, већ само одређени сегмент компанијског права.<sup>432</sup> Чињеница да литература врло ретко помиње начела компанијског права вероватно је последица околности да кључне карактеристике компанијског права које претендују да се сматрају принципима тешко могу бити применљиве на све правне форме привредних друштва. Отуда, можда и није могуће формирати опште принципе компанијског права, већ нужно две групе принципа, прву која би се примењивала на друштва лица и другу која би се примењивала на друштва капитала.

Теорија компанијског права изричито не говори о појму принципа компанијског права, међутим како је било наведено у оквиру излагања о правном субјективитету привредног друштва, теорија познаје појам битних или кључних карактеристика компаније као посебног облика удруживања.<sup>433</sup> У основи све претходно наведене карактеристике компаније у истом или мање измењеном облику могу представљати начела компанијског права (барем када је реч о друштвима капитала).

Међутим, без обзира на претходно наведено, у овом раду биће дат покушај формирања начела компанијског права која се примењују на друштва капитала, с

---

<sup>431</sup> *Ibid.*

<sup>432</sup> Вид. А. Reisberg (2007), 85.

<sup>433</sup> P. Davies, 8-21.



обзиром на околност да се деривативна тужба по правилу примењује само на ову врсту друштава. Основ за формирање општих начела компанијског права чине одредбе ЗПД, а затим и општа теорија компанијског права. На овом месту је потребно напоменути да се у компанијском праву, као делу шире заједнице грађанског права примењују и општа начела грађанског права која су поменута у претходним излагањима, а у односу на које је компанијско право развило изузетке који су последица природе друштвених односа који се регулишу компанијским правом.

Полазећи од одредби ЗПД и теорије компанијског права може се речи да се (српско) компанијско право заснива на пет самосталних начела која се примењују на друштва капитала. Прво начело је свакако одвојеност правног субјективитета привредног друштва од правног субјективитета његових чланова.<sup>434</sup> Начело подразумева да су друштво и његови чланови, како у унутрашњем односу, тако и у односу према трећим лицима одвојени субјекти права. Друго начело јесте начело расподеле надлежности или компанијске моћи. Ово начело подразумева да је за доношење сваке појединачне одлуке у име друштва увек надлежан одређени орган,<sup>435</sup> некада је то скупштина друштва, а некада управа или други заступници друштва. Треће начело је начело већинског одлучивања, које подразумева да у случају када одлуке доноси орган друштва који има три или више чланова, одлуке се по правилу доносе већином гласова (обичном или квалификованом).<sup>436</sup> Четврто начело проистиче из претходног начела, а то је начело заштите мањине.<sup>437</sup> Наиме, имајући у виду да се одлуке друштва по правилу не доносе једногласно, компанијско право је развило механизме заштите интереса мањине, који могу бити угрожени принципом већинског одлучивања. Пето самостално начело је кључна карактеристика свих друштава капитала, а то је ограничена одговорност чланова за обавезе друштва.<sup>438</sup>

---

<sup>434</sup> ЗПД, чл. 3.

<sup>435</sup> ЗПД, чл. 198, 200, 224, 232, 326, 329, 388, 390, 422, 427; Вид. М. Васиљевић (2013а), 348.

<sup>436</sup> ЗПД, чл. 211, 224, 234, 358, 406, 429, 445; *Ibid.*, 324.

<sup>437</sup> ЗПД прописује значајан број права мањинских чланова друштва. Више вид. М. Васиљевић (2013а), 325-347.

<sup>438</sup> ЗПД, чл. 17, 18.

## 2.1. Изузетак од принципа расподеле компанијске моћи и принципа већинског одлучивања

Полазећи од општих принципа компанијског права који се примењују на друштва капитала у српском праву може се закључити да деривативна тужба представља изузетак од принципа расподеле надлежности за доношење одлука у име друштва и принципа већинског одлучивања.

Деривативна тужба је изузетак од законом успостављене надлежности за доношење одлуке о покретању парничног поступка у име друштва, јер у овом случају одлуку о покретању парничног поступка не доносе надлежни органи друштва, већ појединачни чланови. У том погледу, потребно је напоменути да када је реч о доношењу одлуке о покретању судског поступка у име друштва, деривативна тужба није једини изузетак од принципа расподеле надлежности унутар друштва, већ су то и тужба поводом одговорности стицаоца и преносиоца удела/акција према друштву за обавезе преносиоца у вези са улогом, настале до дана преноса<sup>439</sup> и тужба за поништај правног посла или накнаду штете због повреде правила о располагању имовином велике вредности,<sup>440</sup> о чему ће посебно бити речи у наредном поглављу.

Законом дефинисана надлежност за доношење одлуке о покретању судског поступка (директна тужба) због повреде посебних дужности према друштву, правила о ограничењима плаћања и искључење члана друштва са ограниченом одговорношћу (објективни домен примене деривативне тужбе) биће детаљно анализирана у оквиру излагања о претходном захтеву. За потребе излагања у овом поглављу довољно је указати да је у случају друштва са ограниченом одговорношћу надлежан орган углавном скупштина друштва,<sup>441</sup> а у случају акционарског друштва углавном управа.<sup>442</sup>

Имајући у виду наведено, може се закључити да деривативна тужба представља значајан изузетак од општих правила о надлежности за доношење одлуке о покретању судских поступка који спадају у домен примене деривативне тужбе, при чему је изузетак израженији код акционарских друштва, где долази до

---

<sup>439</sup> ЗПД, чл. 49.

<sup>440</sup> ЗПД, чл. 472.

<sup>441</sup> ЗПД, чл. 200.

<sup>442</sup> ЗПД, чл. 388, 422.

прерасподеле надлежности са управе друштва на чланове, док је код друштва са ограниченом одговорношћу изузетак мање изражен, јер се надлежност за доношење одлуке задржава на члановима друштва, једино што са скупштине друштва прелази на појединачне чланове.

У односу на обе форме друштва деривативна тужба представља значајан изузетак од начела већинског одлучивања, јер тужбу могу поднети чланови који имају само 5% учешћа у основном капиталу друштва, што је далеко мањи проценат у односу на уобичајено потребно већину за доношење одлука у име друштва, међу које се убраја и покретање парничног поступка. Осим деривативне тужбе, чланови друштва који поседују 5% или више учешћа у основном капиталу друштва могу још само у два поменута случаја поднети тужбу којом се штите права друштва (тужба поводом одговорности стипендијца и преносиоца удела/акција према друштву за обавезе преносиоца у вези са улогом, настале до дана преноса и тужба за поништај правног посла или накнаду штете због повреде правила о располагању имовином велике вредности). У свим осталим случајевима, чланови друштва који поседују 5% или више учешћа у основном капиталу друштва, али мање од 50% (или без обзира на тај проценат када постоји искључива надлежност управе) имају право само на покретање судског поступка у своје име и за свој рачун и у којима штите сопствена права,<sup>443</sup> а не права друштва.

Деривативна тужба је више него оправдан изузетак од општих начела компанијског права, јер у околностима када је тужбу потребно поднети против лица која по редовном току ствари треба да донесу одлуку о покретању поступка или која контролишу процес доношења одлука органа који треба да донесе такву одлуку, за очекивати је да поступак неће бити покренут. У том погледу деривативна тужба као изузетак од општих правила је настала као потреба праксе у циљу превазилажења специфичности правног субјективитета привредног друштва (начина изражавања правно релевантне воље друштва) и потребе да повреде дужности према друштву не остану без адекватне санкције.

---

<sup>443</sup> М. Васиљевић (2013а), 325-347.

## ГЛАВА IX

### МЕСТО ДЕРИВАТИВНЕ ТУЖБЕ У КОМПАНИЈСКОМ ПРАВУ

#### 1. Деривативна тужба и компанијско право

Компанијско право представља матичну грану права у оквиру које се изучава деривативна тужба, међутим у зависности од приступа аутора и контекста анализе, у литератури су присутне различите перцепције места и улоге деривативне тужбе у компанијском праву.

У српској компанијској правној литератури деривативна тужба се анализира као општи институт компанијског права,<sup>444</sup> а затим и као посебно право мањинских акционара.<sup>445</sup> Оба приступа деривативној тужби, иако у основи тачна, ипак нису прецизна, јер је примена деривативне тужбе код друштава лица искључена или макар спорна, о чему ће бити речи у наредном поглављу, због чега деривативна тужба не представља општи институт компанијског права. Такође, деривативна тужба није право које имају само мањински акционари, већ и чланови друштва са ограниченом одговорношћу. У том погледу, када је реч о српском праву, деривативна тужба се најпрецизније може одредити као општи институт друштава капитала.

У упоредној литератури компанијског права, деривативна тужба се углавном анализира као право мањинских акционара,<sup>446</sup> односно као један од механизма судске заштите акционара,<sup>447</sup> при чему се некад наглашава да је реч о важном инструменту заштите инвеститора.<sup>448</sup> Поред наведеног, деривативна тужба се понекад изучава уз институт посебних дужности директора друштва, као механизам који служи принудној реализацији посебних дужности.<sup>449</sup> Коначно, деривативна тужба се изучава и у контексту општих учења о акционарским тужбама, а као једна

---

<sup>444</sup> *Ibid.*, 125-147.

<sup>445</sup> *Ibid.*, 328.

<sup>446</sup> P. Davis, 218-263.

<sup>447</sup> A. Cahn, D. Donald, 559-601.

<sup>448</sup> A. Scarlett (2011), 571.

<sup>449</sup> Brian R. Cheffins, Bernard B. Black, Outside Director Liability Across Countries, European Corporate Governance Institute, Working paper No. 71/2006, доступно на адреси: <http://ssrn.com/abstract=438321>, 10.03.2012, 1403.

од тужби које стоје на располагању акционарима у вези са чланством у друштву.<sup>450</sup> У овом случају перцепција деривативне тужбе је нешто другачија у односу на схватање као права мањинских акционара. Кључна особеност савремене упоредно правне литературе јесте да се деривативна тужба најчешће анализира у оквиру учења о корпоративном управљању где се перципира као један од механизма решавања агенцијских проблема.<sup>451</sup> У овом случају, као рад који најдетаљније анализира однос деривативне тужбе и општих учења о корпоративном управљању свакако се издваја докторска дисертација проф. Арада Реизберга (енгл. *Arad Reisberg*) одбрањена 2005. године на Универзитету у Оксфорду, а која је касније објављена 2007. године као монографија под називом *Derivative actions and corporate governance*. Приметно је да се у упоредној литератури деривативна тужба ретко анализира у односу према конкретном агенцијском проблему, већ се углавном схвата као општи механизам корпоративног управљања.

Иако се не може оспорити исправност претходно наведених поимања деривативне тужбе, потпуно разумевање места и улоге деривативне тужбе у компанијском праву је потребно заокружити разматрањем односа деривативне тужбе и општих правила компанијског права. У том погледу, деривативна тужба представља један од ретких института компанијског права који омогућавају да *воља друштва* буде изражена од стране мањине у друштву. Компанијско право је од свог настанка па до данас имало две функције – да успостави принципе функционисања компаније, као самосталног субјекта права и формира механизме решавања сукоба који могу настати унутар компаније.<sup>452</sup> Као последица прве функције компанијског права настало је правило о расподели надлежности за доношење одлука од стране друштва, а затим и правило већинског одлучивања, уколико се одлуке друштва доносе од стране колективног органа. Принцип већинског одлучивања је резултат развоја компанијског права, јер на самом почетку компанијско право је захтевало да се одлуке чланова, барем оне најзначајније, доносе једногласно.<sup>453</sup> Временом, са развојем потреба праксе, од принципа једногласног одлучивања се одустало, те је

---

<sup>450</sup> М. Васиљевић (2013б), 233-242; R. Hamilton, 535-555; Roberta Romano, *Foundation of Corporate Law*, Foundation Press 2010<sup>2</sup>, 246-487.

<sup>451</sup> S. Ferris, R. Lawless, A. Makhija, 1-40; A. Reisberg (2007), 17-46.

<sup>452</sup> R. Kraakman, *et. al.*, 35.

<sup>453</sup> Charles R. Korsmo, Minor Myers, „The Structure of Stockholder Litigation: When Do the Merits Matter”, *Ohio State Law Journal* Vol. 75, No. 5 2014, 859.

формираан принцип већинског одлучивања, за који се сматра да је утемељен управо у случају *Foss vs Harbottle* којим је формирана и деривативна тужба. Међутим, као својеврсну компензацију за одустајање од правила једногласног одлучивања компанијско право је формирало заштитне механизме мањине у друштву која због свог положаја није у могућности да се супротстави доношењу одлука са којима се не слаже.<sup>454</sup> У том погледу основна идеја на којој се заснивају права мањинских чланова јесте да се заштите они чланови који због положаја у друштву не могу да утичу на процес доношења одлука у име друштва.<sup>455</sup> Ипак, без обзира на све претходно наведено, квалификација деривативне тужбе као права мањинских чланова у правно техничком смислу може бити спорна, о чему ће бити речи у наредним излагањима. Такође, квалификација деривативне тужбе као права мањинских чланова је додатно спорна, јер деривативна тужба није директно умерена на заштиту мањине у друштву, већ заштиту самог друштва, а заштита мањине је додатни, али не нужни ефекат, што је битна разлика између деривативне тужбе и права мањинских чланова у правом смислу овог појма.

Имајући у виду наведено, у контексту компанијског права, деривативна тужба се најпрецизније може одредити као корективни правни механизам који настоји да отклони проблеме у формирању и изражавању правно релевантне воље друштва, како би се омогућило да лица која по редовном току ствари доносе одлуке у име друштва могу бити одговорна према друштву за одлуке које доносе. У том погледу, деривативна тужба због значаја који може имати за компанијско право превазилази домен појединачних института за чију примену се обично везује, при чему као корективни механизам компанијског права може имати статус општег института или института који се примењује само на друштва капитала, у зависности од приступа конкретног законодавства.

На крају, потребно је поменути да се деривативна тужба понекад схвата и као вид „пробијања правне личности“ привредног друштва, јер се члановима друштва омогућава да поднесу тужбу којом се штите права друштва, чиме се пробија линија разграничења између субјективитета привредног друштва и његових чланова и фактички омогућава да право које припада друштву буде у функцији заштите

---

<sup>454</sup> На овај начин се у литератури објашњава настанак посебних права несагласних акционара. Вид. *Ibid.*

<sup>455</sup> P. Davis, 219-221.

интереса чланова.<sup>456</sup> Иако ово схватање на први поглед може деловати као прихватљиво, заснива се на поистовећивању два принципа компанијског права – одвојеност субјективитета привредног друштва и његових чланова и надлежности за доношење одлука у име компаније. У случају деривативне тужбе, иако фактички долази до заштите права друштва од стране његових чланова, које између осталог може служити и заштити интереса чланова, до тога не долази на основу поистовећивања правног субјективитета друштва и члана друштва који подноси тужбу, већ на основу прерасподеле надлежности за доношење одлуке у име друштва, јер друштво своју вољу може изразити само кроз вољу физичких лица која улазе у састав органа друштва. Делегација надлежности за доношење одлука у име друштва код деривативне тужбе је по својој природи законска, специјална и ограниченог трајања. Наиме, случају деривативне тужбе члан друштва по самом закону добија специјално овлашћење да заступа компанију у спору по деривативној тужби до његовог окончања. На тај начин се положај члана који подноси тужбу може објаснити теоријом заступања, јер члан друштва у поступку условно речено остварује заступничку функцију (иако тужбу подноси у своје име), која у редовним околностима припада другим органима унутар друштва, најчешће управи.

У наредним излагањима деривативна тужба ће бити анализирана као право мањинских чланова друштва, а затим и као механизам корпоративног управљања. О односу деривативне тужбе и општих принципа компанијског права било је речи у претходном поглављу.

## **2. Ограничење принципа расподеле компанијске моћи и принципа већинског одлучивања – права (мањинских) чланова друштва**

Права мањинских чланова друштва (посебно акционара), подједнако као и концепт корпоративног управљања, представљају веома заступљену тему у теорији компанијског права. Међутим, упркос великом интересовању теорије, оба концепта до данас нису до краја дефинисана и разјашњена. Имајући у виду да се деривативна тужба често одређује као право „мањинских акционара“, на овом месту биће дата

---

<sup>456</sup> Raoul Berger, „Disregarding the Corporate Entity for Stockholders' Benefit“, *Columbia Law Review* Vol. 55, No. 6 1955, 815-821; Вид. А. Reisberg (2007), 246.

кратка анализа појма мањинских права чланова друштва.<sup>457</sup>

Анализа појма мањинских права чланова ствара потешкоће већ на самом почетку, јер данас не постоји опште прихваћена дефиниција мањинског члана. Обично се под појмом мањинског члана подразумева лице које има мали проценат учешћа у основном капиталу друштва, што је у основи погрешан приступ за дефинисање овог појма, јер положај таквог члана друштва није „угрожен“ самом чињеницом поседовања ниског процента учешћа у основном капиталу друштва. Положај члана који има низак проценат учешћа у основном капиталу друштва постаје угрожен тек уколико се тај члан друштва не слаже са одлуком за коју је гласала већина у друштву или коју доноси управа друштва и тек у наведеним ситуацијама поставља се питање да ли има основа и потребе да се пружи заштита мањинском члану друштва.<sup>458</sup> Мањински члан друштва се може дефинисати као члан који није сагласан са одређеном одлуком друштва, чије доношење не може спречити због ниског процента учешћа у основном капиталу друштва. На исти начин положај мањинског члана може бити угрожен уколико не може да издејствује доношење одлуке коју сматра потребном друштву.<sup>459</sup> Отуда се закључује да појам мањинског члана друштва представља променљив појам, јер исто лице некада може имати статус мањинског члана, а некада не. Иако се појам мањинског члана друштва углавном везује за друштва капитала, потреба заштите члана који је у мањини може постојати и код друштава лица, само у мањем обиму.

Данас се појам заштите мањине углавном везује за концепт корпоративног управљања (у оквиру другог агенцијског проблема о чему ће бити речи у наставку анализе), али је идеја о заштити мањине настала знатно раније.<sup>460</sup>

Концепт заштите мањинских чланова друштва може бити споран, јер се поставља питање из ког разлога би одређеном члану друштва требало пружити посебну правну заштиту када је унапред познато на који начин друштво функционише, тачније да се одлуке друштва углавном доносе већином гласова

---

<sup>457</sup> Када се каже права мањинских чланова друштва, обично се мисли на права мањинских акционара, али је данас неспорно да се концепт заштите мањине примењује и на мањину у друштвима капитала затвореног типа, укључујући и друштва у којима власништво није одвојено од управљања.

<sup>458</sup> P. Davis, 219.

<sup>459</sup> *Ibid.*

<sup>460</sup> Вид. „Protection of Minority Stockholders“, *Harvard Law Review* Vol. 10, No. 1896, 302.



чланова друштва.<sup>461</sup> Осим разлога правичности који могу бити понуђени као одговор на постављено питање, сматра се да постоје и практични разлози који говоре у прилог постојања посебних права мањинских чланова. Наиме, распон права мањинских чланова друштва утиче на спремност појединца да уложи у друштво, као и висину саме инвестиције, из ког разлога виши степен заштите мањине у друштву доприноси интересима већинских чланова друштва, али и друштва у целини.<sup>462</sup> У том погледу, постоје и схватања да развијеност права мањинских чланова друштва одражава степен развоја компанијског права.<sup>463</sup>

Потреба постојања права заштите мањине у друштву на данашњем ступњу развоја компанијског права није спорна, али је споран обим заштите, јер пружање заштите мањини представља значајно ограничење принципа већинског одлучивања. У овом случају ограничење принципа већинског одлучивања може бити непосредно или посредно. Непосредно ограничење постоји у околностима када мањина у друштву може издејствовати одређену радњу или одлуку друштва. Са друге стране, код посредног ограничења принципа већинског одлучивања, мањина у друштву не може утицати на радње или одлуке друштва, али за узврат добија посебна права (на пример откуп акција од друштва). У оба случаја права мањине не би постојала без интервенције законодавца. Управо због чињенице да мањинска права представљају значајно ограничење принципа већинског одлучивања, заштита мањинских чланова је углавном доступна само члановима друштва који имају одређену меру интереса у друштву. Деривативна тужба представља један од доказа изнете констатације.

### **3. Деривативна тужба као право члана привредног друштва – допуна теоријске анализе**

На овом месту биће дата допуна теоријске анализе правне природе деривативне тужбе, на начин да ће појам права мањинских чланова друштва бити анализиран у односу према општим учењима о субјективним правима. Након тога биће речи о посебном месту деривативне тужбе у овој анализи.

---

<sup>461</sup> P. Davis, 220.

<sup>462</sup> *Ibid.*, 221.

<sup>463</sup> G. Schmitthoff, 663.

### 3.1. Појам „мањинска права чланова друштва“ и општа учења о субјективним правима – да ли је термин „право“ адекватан?

С обзиром на постојање различитих правних форми привредних друштава, тешко је уопштено говорити о чланским правима, чак и у оквиру основне поделе на друштва лица и друштва капитала, већ је то целисходније учинити у задатом контексту анализе. Ипак, када је реч о друштвима капитала на данашњем ступњу развоја компанијског права, сва права чланова друштва се могу поделити на одређене категорије према материјалном и персоналном домену примене. Према материјалном домену примене постоји подела на економска права, управљачка права, право на информисање и право на судску заштиту.<sup>464</sup> Међутим, постоје и аутори који говоре само о појединим правима, при чему се констатује да је претпоставка вршења свих права, а нарочито права на одлучивање, постојање ефикасног права на информисање.<sup>465</sup> Према персоналном домену примене сва права чланова друштва се могу поделити на она права која су доступна свим члановима друштва и права која су доступна само мањинским члановима друштва.<sup>466</sup>

Права мањинских чланова друштва у себи носе један парадокс, а то је да иако су функционално усмерена ка заштити чланова друштава уколико се нађу у специфичном положају у друштву, ипак по правилу нису доступна свим члановима друштва, већ само члановима који поседују одређени проценат удела у основном капиталу друштва (који не мора бити јединствен у односу на сва мањинска права).<sup>467</sup> У том погледу, права мањинских чланова друштва су примарно усмерена ка спречавању злоупотребе већине чланова, али са друге стране усмерена су и ка спречавању злоупотребе од стране мањине која нема довољну меру интереса у

---

<sup>464</sup> Julian Velasco, „The Fundamental Rights of the Shareholder“, *University of California, Davis Law Review* Vol. 40, Iss. 2 2006, 413-421; Јелена Лепетић, „Право акционара на индивидуалну тужбу“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2014, 187.

<sup>465</sup> A. Cahn, D. Donald, 467, 510, 599.

<sup>466</sup> На пример, српско право прописује следећа права мањинских чланова друштва (при чему су нека доступна само акционарима, не и члановима друштва са ограниченом одговорношћу): права мањинских чланова у вези са сазивањем и одржавањем седнице скупштине, право на захтевање ванредне или посебне ревизије, право на подношење захтева за ликвидацију друштва, права у вези са проценом неновчаног улога и др. ЗПД, чл. 55, 56, 57, 202, 205, 226, 334, 337, 357, 372, 456, 469.

<sup>467</sup> ЗПД прописује три процента капитал учешћа који се постављају као услов за коришћење права мањинских чланова: 5%, 10% и 20%. Једина права чланова друштва која се традиционално сврставају у корпус права мањинских чланова, а која нису условљена поседовањем капитал цензуса су права несагласних акционара из чл. 474 ЗПД.

друштву.<sup>468</sup> Све наведено је последица спорења око потребног обима (не и самог постојања) права мањинских чланова. Како је наведено права мањинских чланова друштава капитала су често анализирана у литератури, али без узимања у обзир и општих учења о субјективним правима, што би омогућило да се до краја дефинише правна природа ових права, која је доста специфична. Ова тема није у потпуности у складу да предметом истраживања рада, нити са уобичајеним приступом теорије компанијског права, али може бити значајна јер се често наглашава карактер деривативне тужбе као „права“ мањинских чланова друштва.

У општој теорији права под појмом субјективно право се подразумева *„моћ, односно овлашћење које правни поредак ставља датом лицу на располагање ради остварења његове властите воље или интереса, тако што ће се друго лице или лица од нечега уздржати или ће нешто учинити. Под овлашћењем се подразумева способност, односно моћ дата правним правилом неком лицу да својом властитом вољом мења права, дужности, одговорности и друге правне односе, било своје властите, било других лица“*.<sup>469</sup>

Полазећи од општег појма субјективних права, може се рећи да се права мањинских чланова друштва уклапају у општи појам субјективних права, јер у себи садрже одређено овлашћење које се истиче према субјекту дужности, а које овлашћење у већини случајева ужива судску заштиту.

Ипак, постоје специфичности права мањинских чланова друштва, која доводе у питање оправданост употребе термина „право“. Наиме, сва права мањинских чланова проистичу из одређене правне позиције,<sup>470</sup> тачније права власништва над уделом у одређеном привредном друштву. У том погледу, права мањинских чланова друштва настају у тренутку стицања својства члана у друштву, а престају тренутком губитка статуса члана, на основу чега се закључује да су мањинска права чланова друштва акцесорна у односу на право власништва над уделом у друштву, јер су доступна само док је њихов титулар члан одређеног привредног друштва. Веома важна особеност права мањинских чланова друштва јесте да ова права иако

---

<sup>468</sup> Мирко Васиљевић, „Привреда и правни режим неких права мањинских акционара – јединство интереса или јединство супротности“, у: Вук Радовић (ур.) *Усклађивање пословног права Србије са правом Европске Уније*, Правни факултет Универзитета у Београду 2016, 12-13.

<sup>469</sup> К. Чавошки, Р. Васић, 460. Дакле, у општој теорији права, појам субјективног права се схвата на сличан начин као и у теорији грађанског права. Вид. излагања у глави V.

<sup>470</sup> Вид. В. Водинелић, 197-198.

тренутком стицања својства члана у друштву чине део правне позиције члана друштва, остају недефинисана по својој садржини све док се титулар права не одлучи да активира одређено мањинско право у односу према друштву (због чега се може речи да представљају правно стање, а не чак ни део правне позиције). Следећа особеност права мањинских чланова друштва јесте то што су она условно релативна, јер су по правилу усмерена ка одређеном органу унутар друштва (иако могу бити усмерена и ка самом друштву), без обзира на то која конкретно лица улазе у састав тих органа друштва. На тај начин се закључује да се субјекат дужности код права мањинских чланова друштва, на исти начин као и титулар права одређује према правној позицији, а не према тачно одређеној личности. Коначно, карактеристика права мањинских чланова друштва јесте да се њихова заштита понекад не остварује према субјекту дужности, на пример, члановима одбора директора, већ према друштву. Међутим, имајући у виду да субјект дужности у овом случају иступа као орган друштва, ово одступање има мањи значај.

Имајући у виду особености функционисања права мањинских чланова друштва може се закључити да она као таква од самог настанка, односно стицања статуса члана друштва не представљају субјективно право члана друштва, већ саставни део његове правне позиције у друштву. Права мањинских чланова друштва добијају статус субјективног права тек у тренутку када се на основу овлашћења датог у закону истакне одређени захтев према органу друштва или самом друштву, што представља процес претварања елемента правне позиције у субјективно право. Тада субјективно право добија своје одређење, како у погледу субјеката права и обавезе, тако и у погледу садржине обавезе. До тог тренутка, право мањинског члана друштва представља само могућност настанка субјективног права.

### 3.2. Посебно место деривативне тужбе у расправи

Деривативна тужба заузима посебно место у расправи односа општих учења о субјективним правима и појма права мањинских чланова друштва, из следећих разлога.

Када је реч о српском праву, сва мањинска права чланова друштва у себи садрже материјално правно овлашћење (предвиђено ЗПД), које у случају да не буде добровољно реализовано од стране субјекта дужности, у већини случајева може

бити заштићено принудним путем у судском поступку (најчешће ванпарничном).<sup>471</sup> Међутим, деривативна тужба у себи не садржи одређено материјално правно овлашћење, већ се у целости исцрпљује у праву на подношење тужбе суду којом се штите права друштва. Општа теорија права уобичајено појам субјективног права схвата као одређено материјално правно овлашћење, које између осталог може бити реализовано принудним путем и не могу се срести схватања теоретичара по којима би право на подношење тужбе представљало једину садржину субјективног права. У случају деривативне тужбе, материјално правно овлашћење које се штити тужбом припада друштву, а не члану друштва који подноси тужбу. Оно што је такође значајно јесте да право друштва, осим путем деривативне тужбе, такође може бити заштићено и путем директне тужбе од стране самог друштва. Поред изостанка елемента материјално правног овлашћења, деривативна тужба као „право члана друштва“ у себи не садржи корелативну обавезу другог субјекта, из кога разлога се и на основу општих учења о субјективним правима, а не само учења о грађанским правима, потврђује дато схватање да овлашћење на подношење деривативне тужбе не може имати статус субјективног права, а што није случај са осталим овлашћењима (мањинских) чланова друштва која су у вези са чланском позицијом у друштву.

### 3.3. Закључак расправе

Овлашћења мањинских чланова друштва која данас постоје у компанијском праву представљају елемент правне позиције члана друштва који се заснива на праву власништва над друштвом. Овлашћења мањинских чланова постају субјективно право у тренутку када члан друштва истакне одређени захтев према законом дефинисаном органу друштва, а које право по правилу може бити заштићено судским путем. Деривативна тужба неспорно представља део правне позиције члана друштва. Међутим, за разлику од осталих мањинских права члана друштва, деривативна тужба не може потпадати под општи појам субјективног права, јер подношењу деривативне тужбе не претходи истицање одређеног материјално правног овлашћења, нити овлашћење на подношење деривативне тужбе садржи корелативну обавезу. Управо по овом питању деривативна тужба се

---

<sup>471</sup> Вид. ЗПД, чл. 55, 57, 59, 338, 339, 343, 457.

разликује од осталих мањинских права чланова друштва, која у одређеном тренутку ипак могу да добију својство субјективног права, из ког разлога квалификација деривативне тужбе као права мањинских чланова није у потпуности исправна.

#### 4. Деривативна тужба као механизам корпоративног управљања

Поимање деривативне тужбе као механизма корпоративног управљања је релативно новијег датума, с обзиром на околност да је и сам концепт корпоративног управљања формиран тек у 20. веку.<sup>472</sup>

Одређење деривативне тужбе као права (мањинских) акционара,<sup>473</sup> а посебно као средства дисциплиновања управе друштва је утицало да се деривативна тужба укључи у општа учења о корпоративном управљању, након чега је деривативна тужба добила додатно одређење, те се данас често наводи као један од механизма корпоративног управљања. Међутим, оно што је тренутно спорно јесте да ли је и у којој мери деривативна тужба значајан и ефикасан механизам корпоративног управљања.<sup>474</sup>

Ради прегледности анализе, у наставку излагања најпре ће бити речи о самом појму корпоративног управљања, а затим и месту и улози деривативне тужбе у концепту корпоративног управљања.

##### 4.1. Уопште о корпоративном управљању и корпоративној одговорности

Корпоративно управљање данас представља тему о којој се доста говори, те је сврха наредних излагања да представи основне елементе појма, како би анализа деривативне тужбе у оквиру концепта корпоративног управљања била разумљива.

У овом тренутку не постоји опште прихваћена дефиниција корпоративног

---

<sup>472</sup> Један од првих докумената у којем је деривативна тужба анализирана као механизам корпоративног управљања су Принципи корпоративног управљања: анализа и препоруке, нацрт од 03.06.1985. године, састављен од стране Америчког правног института. Вид. Douglas M. Branson, „The American Law Institute Principles Of Corporate Governance And The Derivative Action: A View From The Other Side“, *Washington and Lee Law Review* Vol. 43, No. 2 1986, 399 фн. 2.

<sup>473</sup> Вид. S. Ferris, R. Lawless, A. Makhija, 2.

<sup>474</sup> Ian M. Ramsay, Benjamin B. Saunders, *Litigation by shareholders and directors: An empirical study of the statutory derivative action*, University of Melbourne Legal Studies Research Paper No. 250, 2006, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=914465>, 02.04.2017, 2.

управљања,<sup>475</sup> али се корпоративно управљање најчешће дефинише као систем управљања и контроле компанија<sup>476</sup> или као скуп принципа који се односе на процес доношења одлука компаније.<sup>477</sup>

Према доступним подацима, термин корпоративно управљање први пут је употребљен 1976. године у Федералном Регистру, публикацији коју објављује Федерална Влада САД.<sup>478</sup> У овом периоду америчка Комисија за хартије од вредности интензивно се бавила злоупотребама у компанијама, када је покренула и први судски поступак против три неизвршна директора компаније Penn Central, због пропуста у надзору рада извршних директора, који су компанију довели до банкрота.<sup>479</sup> Иако је појам корпоративно управљање настао у другој половини 20. века, сам концепт је почео да се развија знатно раније. Већина аутора сматра да је идеја о корпоративном управљању започета објављивањем чувеног дела „*The Modern Corporation and Private Property*“ аутора Адолфа Берла (енг. *Adolf A. Berle*) и Гардинера Минса (енгл. *Gardiner Means*) из 1932. године које се бавило проблемом одвајања власништва од управљања компанијом.<sup>480</sup> Са друге стране, постоје и мишљења да је развој идеје корпоративног управљања настао нешто раније, те да је о проблему одвајања власништва од управљања први почео да говори економиста Вилијам Риплеј (енгл. *William Z. Ripley*), који је своја запажања анализирао у књизи „*Main Street and Wall Street*“ објављеној 1927. године.<sup>481</sup> Ипак, разлог због којег се сматра да је учење о данашњем поимању корпоративног управљања започето делом

---

<sup>475</sup> Ian M. Ramsay, *Corporate Governance and the Duties of Company Directors*, Centre for Corporate Law and Securities Regulation, Faculty of Law, The University of Melbourne 1997, доступно на адреси: <http://ssrn.com/abstract=924312>, 01.04.2012, 2-3.

<sup>476</sup> *Ibid.*

<sup>477</sup> H. Wells, 1252.

<sup>478</sup> Brian Cheffins, *The History of Corporate Governance*, ECGI – Law Working Paper No. 184/2012, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=1975404>, 12.09.2017, 2.

<sup>479</sup> *Ibid.*

<sup>480</sup> H. Wells, 1247; Marc T. Moore, Antoine Rebiérioux, „Corporate Power in the Public Eye: Reassessing the Implications of Berle’s Public Consensus Theory“, *Seattle University Law Review* Vol. 33, No. 4 2010, 1109.

<sup>481</sup> Такође, о проблему одвајања власништва од управљања и пре економисте Вилијама Риплеја (енгл. *William Z. Ripley*) говорили су аутори Луис Брандаис (енг. *Louis D. Brandeis*), Валтер Липман (енгл. *Walter Lippmann*) и Торстајн Веблин (енгл. *Thorstein Veblen*), али не у контексту постојања сукоба који настају због раздвајања власништва од управљања, за коју је Веблин чак сматрао да је пожељна друштвена појава. Вид. H. Wells, 1255-1262. Уколико се корпоративно управљање посматра кроз проблем одвајања власништва од управљања, онда се може рећи да је оно постојало још у 17. веку када су у Енглеској настале прве компаније (*East India Company*) код којих су чланови друштва бирали екстерне директоре, који нису били чланови друштва. B. Cheffins (2012б), 1.

„*The Modern Corporation and Private Property*“ јесте тај да су аутори по први пут акценат ставили на појам контроле над компанијом, као извор сукоба унутар компаније, а не само на чињеницу раздвајања власништва од управљања.<sup>482</sup>

Везивање концепта корпоративног управљања за одвајање власништва од управљања,<sup>483</sup> указује да се суштина корпоративног управљања заснива на препознавању различитих врста сукоба који могу настати у друштву и који могу утицати на његово пословање. Најпре је уочено да сукоб може настати између управе и акционара, али је касније уочено да сукоби могу настати и на другим релацијама. Сукоб између управе и акционара је вероватно први препознат јер је концепт корпоративног управљања настао у америчком праву у коме је присутно дисперзовано акционарство. Са друге стране, препознавање сукоба на релацији других интереса је последица прихватања концепта корпоративног управљања од стране европских права.<sup>484</sup> У свим случајевима сукоб је увек последица постојања овлашћења одређене групе лица унутар компаније да доноси одлуке које ће обавезивати све субјекте унутар компаније, без обзира да ли се слажу или не са донетом одлуком, при чему се постојање овлашћења заснива на пристанку свих учесника „заједничког подухвата“. Давање овлашћења одређеној групи лица за доношење одлуке у име компаније је било нужна последица појаве великих компанија, јер тада није ни могуће, ни практично да сви чланови доносе одлуке компаније.<sup>485</sup> Концентрисање овлашћења за доношење одлуке компаније само код једне групе лица (управе или већинског акционара) фактички је довело до успостављања контроле над компанијом од стране тих лица, која је често могла бити злоупотребљена. Однос лица која имају контролу над компанијом и осталих лица која морају да се повинују донетим одлукама је у теорији, знатно касније, препознат као однос принципала и агента. Први пут су о овој теми говорили Мајкл Џенсен (енгл. *Michael Jensen*) и Вилијам Меклин (енгл. *William Meckling*) 1976. године у чланку „*Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership*

---

<sup>482</sup> H. Wells, 1289.

<sup>483</sup> *Ibid.*, 1253, 1289-1290.

<sup>484</sup> Сматра се да је концепт корпоративног управљања постао опште прихваћен тек од 2003. године, када је почео да се анализира широм света. Вид. В. Cheffins (2012б), 17.

<sup>485</sup> H. Wells, 1255.



*Structure*“.<sup>486</sup> У међусобном односу принципал–агент, принципал даје одређена овлашћења агенту, при чему очекује да ће агент увек поступати у интересу принципала.<sup>487</sup> Агент, који има контролу над компанијом, која се заснива на датом овлашћењу, то овлашћење може злоупотребити или само имати различито мишљење од принципала, услед чега долази до сукоба који се назива агенцијски проблем. Веома значајна карактеристика агенцијског проблема јесте да сукоб није могуће отклонити садржином уговора између принципала и агента.<sup>488</sup> Поред сукоба који представља основни проблем који настаје у међусобном односу принципал–агент, различитост интереса принципала и агента ствара и агенцијске трошкове, које је такође потребно спречити или редуковати. Принципал има трошкове надзора, како би се уверио да агент поступа у његовом интересу, док агент има трошкове у виду обезбеђивања доказа принципалу да поступа у његовом интересу.<sup>489</sup>

У том погледу основна сврха корпоративног управљања је да доведе до изједначавања интереса између принципала и агента, како би се избегло настајање сукоба и агенцијских трошкова. Данас постоје различити механизми корпоративног управљања који су усмерени ка остварењу наведених циљева и углавном се односе на три сфере компанијског права: права акционара, структура органа управљања и одговорност управе, односно већинског акционара.<sup>490</sup> Имајући у виду да деривативна тужба спада у домен права акционара и средстава дисциплиновања управе друштва, има основа да се разматра као потенцијални механизам корпоративног управљања.

#### 4.2. Три агенцијска проблема

Теорија корпоративног управљања данас говори о три врсте сукоба (агенцијска проблема) који могу настати у оквиру акционарског друштва, а то су:

---

<sup>486</sup> Theodor Baums, Kenneth E. Scott, Taking Shareholder Protection Seriously? Corporate Governance in the United States and Germany, ECGI – Law Working Paper No. 17/2003, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=473185>, 05.03.2018, 5.

<sup>487</sup> Ann Scarlett, A Better Approach for Balancing Authority and Accountability in Shareholder Derivative Litigation, Saint Louis University School of Law, No. 2008-15, доступно на адреси: <http://ssrn.com/abstract=1346501>, 03.05.2018, 43.

<sup>488</sup> I. Ramsay (1997), 3.

<sup>489</sup> Ian Ramsay, Corporate Governance, Shareholder Litigation and the Prospects for a Statutory Derivative Action, 1992, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=922241>, 01.06.2017, 151-152.

<sup>490</sup> Вид. В. Cheffins (20126), 1.

i) сукоб између управе и акционара (у овом случају управа има својство агента, а акционари својство принципала),

ii) сукоб између већинског и мањинских акционара (у овом случају већински акционар има својство агента, а мањински акционари својство принципала),

iii) сукоб између интереса друштва и других конститутивних интереса (у овом случају друштво има својство агента, а носиоци других интереса својство принципала).<sup>491</sup>

У односу на сваки агенцијски проблем теорија је препознала одређене механизме решавања сукоба, чија је основна сврха успостављање равнотеже између сукобљених интереса и редукција агенцијских трошкова који настају као последица сукоба.<sup>492</sup>

#### 4.3. Деривативна тужба и први агенцијски проблем

Обично се сматра да сукоб између управе и акционара настаје у друштвима у којима је акционарство дисперзовано, јер тада контролу над друштвом по правилу има управа, с обзиром на околност да ниједан акционар не поседује довољан број гласова како би могао да утиче на процес доношења одлука друштва.<sup>493</sup> Међутим у случају постојања дисперзованог акционарства, није основни проблем тај што сваки акционар појединачно има мали проценат гласова у друштву, јер уколико би акционари активно учествовали у скупштини друштва фактичка контрола над друштвом би ипак била у рукама акционара. Суштински проблем који постоји у окружењу дисперзованог акционарства је пасивност акционара, који због малог процента интереса који имају у друштву нису заинтересовани за процес доношења одлука.<sup>494</sup> У наведеним околностима акционари када одлучују да ли ће се ангажовати на скупштини друштва, увек цене однос напора који је потребно да уложе како би се припремили за седницу и да би на њој гласали и користи коју могу

---

<sup>491</sup> Вук Радовић, „Утицај агенцијских проблема на право акционарских друштава и корпоративно управљање“, у: Вук Радовић, Мирко Васиљевић (ур.), *Корпоративно управљање, зборник радова*, Београд 2008, 238; J. Armour, H. Hansmann, R. Kraakman, 3.

<sup>492</sup> Вук Радовић (2008б), 238.

<sup>493</sup> *Ibid.*, 239.

<sup>494</sup> Вид. М. Васиљевић (2013б), 85.

имати од исхода гласања.<sup>495</sup> Уколико је труд који је потребно уложити ради адекватне припреме за учешће на седници скупштине знатно већи у односу на корист коју акционар добија након гласања, акционари углавном одлучују да остану пасивни. Уколико сваки акционар друштва поступа на исти начин, у крајњем исходу правну и фактичку контролу над пословањем друштва има само управа, која у вршењу контроле може потпуно занемарити интересе акционара и тада настаје сукоб који се у теорији назива први агенцијски проблем.

Теорија је препознала неколико стратегија решавања првог агенцијског проблема којима се обезбеђује да управа друштва приликом вршења функције узме у обзир и интересе власника друштва, а то су: 1) *статусна стратегија*, сходно којој је избор и разрешење чланова управе у искључивој надлежности скупштине друштва, како у погледу дефинисања услова, тако и у погледу доношења одлуке о избору, односно разрешењу, 2) *стратегија овлашћења*, сходно којој је расподела компанијске моћи дефинисана на начин да најважније одлуке доноси скупштина друштва, а не управа, 3) *стратегија интереса*, сходно којој се покушава постићи уједначавање интереса управе и акционара, те се управи друштва дају одређене погодности (у виду различитих облика накнада), како би се постигло да управа друштва нема утисак да ради само у туђем интересу, већ и сопственом, 4) *стратегија принуде*, сходно којој управа друштва има фидуцијарне дужности према друштву чија повреда може довести до имовинске одговорности, 5) *стратегија контроле*, сходно којој се дефинишу различити облици директне и индиректне контроле управе од стране акционара и 6) *стратегија преузимања*, сходно којој константна претња од могућности преузимања друштва, која може довести до промене чланова управе ствара подстицај за управу да делује у интересу акционара, како акционари не би прихватили непријатељске понуде за преузимање.<sup>496</sup>

Полазећи од изложених стратегија решавања првог агенцијског проблема примећује се да деривативна тужба, као ни остале тужбе компанијског права, није изричито наведена као непосредан и самосталан механизам решавања првог агенцијског проблема.<sup>497</sup> Ипак, деривативна тужба може бити посредан и акцесоран

---

<sup>495</sup> Вид. А. Reisberg (2007), 81-82.

<sup>496</sup> В. Радовић (2008б), 241-251; М. Васиљевић (2013б), 85-91.

<sup>497</sup> У делу теорије деривативна тужба се наводи као механизам решавања првог агенцијског проблема, на начин да се указује да доводи до изједначавања интереса управе и акционара, али и као

механизам решавања првог агенцијског проблема, јер се ова тужба подноси због повреде фидуцијарних дужности према друштву, које су препознате као један од могућих механизма за решавање овог агенцијског проблема. Међутим, за одговор на питање да ли деривативна тужба може представљати механизам решавања првог агенцијског проблема потребно је вратити се на сам појам првог агенцијског проблема, када се уочава да први агенцијски проблем настаје у случају сукоба између интереса *акционара* и интереса *управе*. Са друге стране, деривативна тужба је механизам заштите интереса *привредног друштва*. Имајући у виду наведено, у контексту анализе првог агенцијског проблема може се поставити питање да ли у овом случају постоји знак једнакости између интереса акционара и интереса друштва, а како би се установило да ли деривативна тужба може представљати механизам решавања првог агенцијског проблема. Одговор на постављено питање може бити различит у сваком праву појединачно. У америчком праву преовлађује схватање да је управа друштва дужна да поступа у интересу чланова друштва, док је у српском праву регулатива нешто другачија, те управа друштва примарно мора да поступа у интересу друштва, али на начин да конкретна одлука управе директно не штети интересима акционара. Међутим, без обзира да ли се први агенцијски проблем схвата на начин да је интерес акционара једнак интересу друштва или не, у оба случаја деривативна тужба не може представљати непосредан механизам решавања првог агенцијског проблема. Наиме, уколико се интерес акционара и интерес друштва схвате као два потпуно одвојена интереса, у том случају је јасно да деривативна тужба која служи искључиво заштити интереса друштва не би могла представљати инструмент непосредне заштите интереса акционара. Са друге стране, уколико би се интерес акционара могао поистоветити са интересом друштва, у том случају деривативна тужба такође не би могла представљати инструмент потпуне заштите акционара. У случају успеха у поступку по деривативној тужби, акционари могу имати само посредну корист која се преко правног субјективитета друштва, по правилу на једнак начин, рефлектује на све акционаре. Међутим, у овим околностима и даље може постојати штета која је због кршења фидуцијарних дужности нанета појединачним акционарима, а која превазилази обим рефлексне штете акционара која је настала умањењем имовине друштва. На тај начин се долази

---

механизам решавања преостала два агенцијска проблема. S. Ferris, R. Lawless, A. Makhija, 3. Вид. V. Savković (2016), 7-8 фн. 5.

до закључка да, барем када је реч о првом агенцијском проблему адекватнији механизам решавања сукоба између интереса акционара и управе је индивидуална, а не деривативна тужба. Ипак, деривативна тужба као посредан механизам решавања првог агенцијског проблема може имати значај јер може омогућити накнаду штете коју није дозвољено захтевати у форми индивидуалне тужбе. Имајући у виду наведено, деривативна тужба у контексту првог агенцијског проблема има умањен превентивни ефекат, јер је управи друштва познато да мањински акционари у форми деривативне тужбе не могу потраживати непосредну штету коју је појединачни акционар претрпео због повреде фидуцијарних дужности према друштву.

#### 4.4. Деривативна тужба и други агенцијски проблем

За разлику од првог агенцијског проблема, други агенцијски проблем може настати у акционарским друштвима у којима је власништво концентрисано.<sup>498</sup> Тада одређени чланови друштва имају већинско или контролно учешће у друштву, по ком основу могу доносити одлуке и без сагласности осталих (мањинских) чланова друштва. Дакле, у овом случају контрола над друштвом је правно и фактички у рукама већинских чланова друштва, из ког разлога може доћи до сукоба између интереса чланова који имају контролу над друштвом и мањинских чланова. У окружењу концентрисаног акционарства, већински акционар, осим што има контролу над скупштином друштва, неспорно има контролу и над управом друштва, јер управа зна од којих чланова друштва заснива своје постојање у друштву, због чега се претпоставља да ће примарно узимати у обзир само интересе већинског члана друштва, али не и интересе мањинских акционара.<sup>499</sup>

У случају другог агенцијског проблема, теорија је препознала следеће стратегије решавања сукоба: 1) *статусна стратегија*, сходно којој је мањинским акционарима потребно обезбедити довољно чланова у одбору директора, 2) *стратегуја равноправности*, сходно којој мањински акционари имају једнака статусна и економска права као и већински акционари, 3) *стратегуја поверења*, сходно којој је неопходно постојање одређеног броја независних директора, како би се обезбедило да управа не узима у обзир само интересе већинских чланова, 4)

---

<sup>498</sup> В. Радовић (2008б), 251-252.

<sup>499</sup> Вид. М. Васиљевић (2013б), 91.

*стратегија принуде*, сходно којој већински акционар има фидуцијарне дужности према друштву, а самим тим посредно према мањинским члановима, или непосредно према мањинским акционарима, 5) *стратегија јавности*, сходно којој се све важне информације о друштву објављују или на други начин чине доступним мањинским акционарима, 6) *стратегија преузимања*, сходно којој опасност од могућег преузимања друштва и потенцијалне промене контроле утиче на већинске чланове да узимају у обзир и интересе мањинских акционара, 7) *стратегија постојања преференцијалних акција*, сходно којој је потребно посебно обезбедити заштиту ималаца преференцијалних акција, 8) *стратегија изласка из друштва*, сходно којој се мањинским акционарима даје широк спектар правних основа за излазак из друштва и 9) *стратегија посебних права мањинских акционара*, сходно којој се акционарима пружа заштита у различитим сферама компанијског права.<sup>500</sup>

Полазећи од самог појма другог агенцијског проблема, који се испољава као сукоб интереса две групације акционара, те од чињенице да се деривативна тужба подноси у интересу привредног друштва, већ на самом почетку се може закључити да деривативна тужба у веома ограниченом обиму може представљати механизам решавања другог агенцијског проблема. Наиме, у околностима када постоји сукоб између две групе власника капитала, тешко је бранити став да се интерес једне од наведених група може поистоветити са интересом привредног друштва, иако постоје мишљења да у овом случају интерес друштва треба поистоветити са интересом мањинских чланова друштва. У случају другог агенцијског проблема, као што је то случај и са првим агенцијским проблемом, механизам решавања сукоба првенствено може бити индивидуална тужба, уколико већински чланови друштва непосредно имају фидуцијарне дужности према друштву, а чија повреда може представљати основ за подношење индивидуалне тужбе од стране мањинских акционара (као што је то случај у српском праву). За разлику од индивидуалне тужбе, ефекат деривативне тужбе се једнако одражава на све чланове друштва, без обзира да ли су у питању мањински или већински чланови, па је отуда тешко образложити могућност да деривативна тужба буде употребљена као механизам заштите интереса мањинских акционара у односу на већинске чланове друштва, а самим тим и као механизам решавања другог агенцијског проблема. Као и у случају првог агенцијског проблема, деривативна тужба може представљати само посредан

---

<sup>500</sup> В. Радовић (2008б), 253-257; М. Васиљевић (2013б), 92-98.

механизам решавања другог агенцијског проблема, која посредством дејства правног субјективитета друштва може дати позитивне ефекте и на положај мањинских чланова друштва.

#### 4.5. Деривативна тужба и трећи агенцијски проблем

Трећи агенцијски проблем је сложенији за разумевање и практичну примену, јер за разлику од прва два агенцијска проблема, у себи садржи одређени степен контрадикторности и апстрактности. Контрадикторност трећег агенцијског проблема се испољава у следећем. Наиме, имајући у виду да се трећи агенцијски проблем дефинише као сукоб интереса друштва и других носилаца интереса (запослених, управе, потрошача и др.),<sup>501</sup> може се поставити питање зар нису посебни интереси већ укључени у интерес друштва, јер се интерес друштва често дефинише као синтеза свих појединачних интереса,<sup>502</sup> што би указивало да трећи агенцијски проблем како се данас дефинише не може постојати. Посматрано на овај начин, уобичајена дефиниција трећег агенцијског проблема може представљати потврду схватања да је у крајњем исходу примарни, уколико не и једини интерес, који се може поистоветити са интересом друштва заправо интерес чланова, јер уколико су у интерес друштва укључени и интереси других лица, онда не може постојати сукоб интереса друштва и појединачног интереса који чини саставни део интереса друштва. Дакле, код трећег агенцијског проблема фактички је реч о сукобу интереса чланова друштва и других појединачних интереса. Међутим, констатација да је интерес друштва најближи интересу његових чланова, не подразумева да је интерес чланова једини интерес који је потребно заштитити, а посебно да носиоцима других интереса не треба пружити одговарајућу заштиту у односу на одлуке које доносе чланови или управа друштва, већ служи разјашњењу појма интерес друштва који у себи носи висок степен апстракције. На тај начин се долази до закључка да је потреба заштите појединих интереса унутар друштва на теоријском нивоу довела до формирања спорног концепта појма интереса друштва, који би требало да укључује интересе лица која не могу утицати на процес доношења одлука друштва, а што је у основи тешко спојиво са сврхом привредног

---

<sup>501</sup> В. Радовић (2008б), 257.

<sup>502</sup> Вид. М. Васиљевић (2013б), 105-107.

друштва. Апстрактност трећег агенцијског проблема је условљена својством контрадикторности, јер се испољава у потешкоћама приликом дефинисања појма „интерес друштва“ посматрано наспрам других појединачних интереса, док са друге стране интереси које се разматрају у оквиру прва два агенцијска проблема су значајно одређенији, јер је у основи јасно о којим интересима је реч и на који начин се могу заштитити.

Полазећи од саме дефиниције трећег агенцијског проблема – сукоб интереса друштва и других носилаца интереса, већ на самом почетку се може констатовати да деривативна тужба не може представљати механизам решавања сукоба који се дефинишу у оквиру трећег агенцијског проблема. Наиме, с обзиром на чињеницу да деривативна тужба служи искључиво заштити интереса друштва, конструкција деривативне тужбе која би примарно служила заштити неких других интереса (на пример поверилаца), била би супротна природи и сврси деривативне тужбе. Такође, деривативна тужба не би могла представљати механизам решавања сукоба који настају у оквиру трећег агенцијског проблема из практичних разлога, јер институти компанијског права који чине објективни домен примене деривативне тужбе (пре свега посебне дужности према друштву) нису усмерени ка заштити посебних интереса који се препознају у оквиру трећег агенцијског проблема, већ искључиво ка заштити интереса друштва.

#### 4.6. Могућност формирања *sui generis* агенцијског проблема

Поред сукоба који су препознати у виду постојећих агенцијских проблема и чије решавање је неспорно веома значајно за функционисање једног акционарског друштва, у пракси најозбиљнији сукоб који може настати унутар привредног друштва јесте сукоб интереса између самог друштва и његових чланова. Овде је реч о томе да лица у чијем интересу друштво треба примарно да постоји, међусобно имају различита схватања о томе да ли је одређена радња или одлука потребна друштву. На пример, у конкретном случају интерес друштва може бити да добит употреби у нова истраживања тржишта, док поједини чланови могу сматрати да је целисходније добит исплатити члановима друштва. Сукоб интереса између друштва и његових чланова настаје када у друштву постоје две струје чланова, једна која се залаже за приоритет интереса друштва, као заједничког и друга која се залаже за



приоритет интереса чланова, као појединаца.

Сукоб интереса између друштва и његових чланова је у пракси најчешћи у друштвима са ограниченом одговорношћу, као и у друштвима лица, док се у случају акционарских друштава евентуално може јавити између контролног члана и друштва, јер контролни акционар може испољити тенденцију да доноси одлуке које њему лично одговарају, не узимајући у обзир остале интересе, односно интерес целог друштва. Сукоб интереса између члана друштва и самог друштва је озбиљнији у односу на остале препознате сукобе из најмање три разлога. Прво, за разлику од осталих, до сада, препознатих сукоба интереса, сукоб интереса привредног друштва и интереса његових чланова има знатно шири домен примене, јер може настати у свим привредним друштвима, а не само друштвима капитала. Друго, изузетно је тешко дефинисати, последично разликовати интерес привредног друштва од интереса чланова друштва у њиховом међусобном односу.<sup>503</sup> Треће, до сада нису успостављени ефикасни механизми који могу да реше сукоб интереса привредног друштва и његових чланова.<sup>504</sup>

Имајући у виду наведено може се поставити питање да ли сукоб интереса привредног друштва и његових чланова представља *sui generis* агенцијски проблем, који се не може поистоветити ни са једним од постојећих. Специфичност сукоба интереса између друштва и његових чланова, у односу на остале сукобе испољава се управо у виду последице која настаје као резултат сукоба. Наиме, за разлику од осталих агенцијских проблема где се агенцијски проблеми испољавају у виду агенцијских трошкова (који настају услед потребе да се принципал увери да агент ради у његовом интересу или обрнуто као последица потребе да агент докаже своју лојалност принципалу), те у циљу њиховог смањења развијани су одређени механизми,<sup>505</sup> сукоб интереса између друштва и његових чланова резултира много озбиљнијом последицом, а то је блокада одлучивања и немогућност функционисања друштва. Додатна специфичност овог проблема испољава се у томе што интерес принципала, односно друштва једино може бити дефинисан од стране агената,

---

<sup>503</sup> М. Васиљевић (2013б), 100-102.

<sup>504</sup> У англосаксонској литератури се сматра да решавању овог проблема доприноси дужност лојалности чланова друштва према самом друштву. Вид. Karsten Engsig Sorensen, *Duty of Loyalty of Shareholders – A Possible Remedy for Conflicts in SMEs?*, 2010, доступно на адреси: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1709944](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1709944), 25.03.2016, 127.

<sup>505</sup> А. Cahn, D. Donald, 300.

односно чланова, те управо у различитом поимању агената о садржини појма интерес привредног друштва долази до међусобног сукоба агената, који узрокује блокаду одлучивања друштва.

#### 4.7. Деривативна тужба као начин решавања *sui generis* агенцијског проблема

Проблем сукоба интереса између члана друштва и самог друштва до сада није довољно препознат у српском компанијском праву. У недостатку решења ЗПД, пракса је у циљу решавања овог проблема прибегла примени института англосаксонског права.<sup>506</sup> Међутим, један од ретких механизма који могу послужити решавању блокаде функционисања друштва који су предвиђени ЗПД је управо деривативна тужба.

За разлику од осталих агенцијских проблема деривативна тужба може представљати директан механизам решавања сукоба интереса између друштва и његових чланова, првенствено у друштвима лица или друштву са ограниченом одговорношћу са мањим бројем чланова. Сукоб интереса између друштва и његових чланова по правилу настаје када чланови не поштују начело одвојености правног субјективитета привредног друштва, те друштво схватају као продужетак свог личног субјективитета. На сличан начин као код другог агенцијског проблем, код *sui generis* агенцијског проблема сукоб такође настаје између чланова друштва, али у другачијем контексту у односу на други агенцијски проблем. Наиме, овде није реч о сукобу личних интереса између две групе чланова (већинског и мањинског), већ о сукобу чланова о томе шта је у најбољем интересу друштва, што овом виду сукоба даје другачији контекст у односу на сукоб који постоји код другог агенцијског проблема. На тај начин се долази до закључка да сукоб интереса између чланова друштва и самог друштва фактички може постојати када постоје различита мишљења чланова друштва о томе шта у конкретном случају представља интерес друштва.

---

<sup>506</sup> Реч је компромисорним клаузулама које се уносе у оснивачки акт друштва. Компромисорна клаузула оснивачког аката привредног друштва се дефинише као посебан уговор закључен између чланова друштва којим се за случај настанка блокаде одлучивања једном члану (или члановима) друштва даје право да свој удео по одређеној цени и дефинисаним процедурама прода другом члану (или члановима) друштва. Вид. Јована Величковић, „Механизми решавања спорова између чланова привредног друштва у случају блокаде одлучивања“, *Право и привреда* 4-6/2016, 233-250.

У српском праву деривативна тужба може представљати механизам *sui generis* агенцијског проблема, на два начина. Најпре, уколико су чланови друштва који имају посебне дужности према друштву<sup>507</sup> ти који стварају сукоб остали чланови друштва могу поднети деривативну тужбу како би отклонили штетне последице које су наступиле. У овом случају још увек не настаје блокада функционисања друштва, али како би се то спречило потребно је отклонити штетне последице повреде дужности према друштву. Ипак, у овом случају ефикасност деривативне тужбе као механизма решавања сукоба између чланова и самог друштва је ограничена, јер може бити усмерена само против чланова друштва који имају посебне дужности према друштву. Друго, деривативна тужба може представљати средство трајног решења сукоба између чланова друштва са ограниченом одговорношћу и начин отклањања блокаде функционисања друштва, јер је од недавно у српском праву објективни домен примене деривативне тужбе проширен и на искључење члана друштва са ограниченом одговорношћу судском одлуком.<sup>508</sup> Ова измена закона указује да је законодавац препознао значај деривативне тужбе и вредност коју може имати у контексту решавања сукоба који могу настати у друштву. Наиме, за разлику од свих других агенцијских проблема у којима деривативна тужба представља само посредан механизам решавања сукоба интереса, уколико настане сукоб између чланова друштва са ограниченом одговорношћу и последично блокада функционисања друштва, примена деривативне тужбе може довести до трајног решења сукоба, јер се члан друштва који представља извор сукоба искључује из друштва, након чега друштво може наставити нормално да функционише.

#### 4.8. Однос деривативне тужбе и других механизма корпоративног управљања

У литератури се често наводи да сви до сада препознати механизми корпоративног управљања нису савршени, те да у практичној примени могу имати одређене недостатке који утичу на резултате посматраног механизма корпоративног

---

<sup>507</sup> На пример, у случају друштва капитала посебне дужности према друштву имају само чланови са већинским, односно значајним капитал учешћем. Вид. ЗПД, чл. 61 ст. 1, тач. 2.

<sup>508</sup> ЗПД, чл. 196.

управљања.<sup>509</sup> Сматра се да су ограничења механизма корпоративног управљања последица потребе да се у крајњем исходу очува структура управљања компанијом, јер би у супротном биле урушене све предности концепта одвајања власништва од управљања.<sup>510</sup> Имајући у виду наведено, сви механизми корпоративног управљања се међусобно допуњују,<sup>511</sup> јер када поједини механизми закажу, могу се применити други механизми како би се постигао жељени циљ. Однос деривативне тужбе и других механизма корпоративног управљања је посебно значајан јер се разматра у контексту потребе постојања деривативне тужбе. Другим речима, поставља се питање да ли се деривативна тужба може заменити другим механизмима корпоративног управљања (а по том основу и можда укинути) и да ли је ефикасност других механизма корпоративног управљања заправо прави разлог због којег се деривативна тужба не примењује у појединим правима, а не услови за подношење тужбе и правила поступка како се то углавном сматра.<sup>512</sup>

За деривативну тужбу се обично наводи да не представља примарни, нити најважнији инструмент корпоративног управљања.<sup>513</sup> Напротив, деривативна тужба по правилу представља крајње средство којем ће акционари прибећи како би утицали на управу или већинског акционара да приликом доношења одлука узму у разматрање шири спектар интереса, а не само интерес ограниченог круга лица.<sup>514</sup> Разлог због којег деривативна тужба представља крајњи механизам корпоративног управљања, јесте чињеница да она представља механизам корпоративног управљања који се реализује у судском поступку. У том погледу, вероватно је да акционари неће прибећи покретању поступка са циљем да дисциплинују понашање управе друштва, уколико је то могуће учинити на други начин, на пример разрешењем директора или изменама режима накнада које се исплаћују члановима управе. Међутим, чињеница да је деривативна тужба по правилу крајњи механизам корпоративног управљања не умањује њен значај, јер указује да у околностима када се јави потреба за подношењем деривативне тужбе очигледно је да су сви остали

---

<sup>509</sup> Jill E. Fisch, „Teaching Corporate Governance Through Shareholder Litigation“, *Georgia Law Review* Vol. 34, No. 2 2000, 747.

<sup>510</sup> *Ibid.*, 748.

<sup>511</sup> A. Reisberg (2007), 45.

<sup>512</sup> *Ibid.*, 36-37.

<sup>513</sup> *Ibid.*, 36, 44. Вид. I. Ramsay (1992), 149.

<sup>514</sup> Вид. Roberta Romano, „The Shareholder Suit: Litigation without Foundation?“, *Journal of Law, Economics, & Organization* Vol. 7, No. 1 1991, 55-56.

механизми корпоративног управљања заказали и да у односу на конкретан случај нису успели да доведу до изједначавања интереса принципала и агента.

У поређењу са осталим механизмима корпоративног управљања деривативна тужба се најчешће посматра у односу са статусном стратегијом, стратегијом надзора и стратегијом преузимања.<sup>515</sup> По овом питању литература је сагласна у оцени да све поменуте стратегије имају одређене недостатке, из ког разлога потреба за постојањем деривативне тужбе не може бити спорна. На пример, основни недостатак статусне стратегије која се остварује преко права гласа у скупштини друштва јесте традиционална пасивност акционара, из ког разлога није за очекивати да ће акционари постати заинтересовани за остваривање тог права само да би разрешили чланове управе, а да при томе нису упознати са потенцијалним користима које лично могу остварити уколико дође до смене директора.<sup>516</sup> Затим, када је реч о стратегији надзора, постојање независних директора иако се сматра за једно од најзначајнијих достигнућа корпоративног управљања, у дужем периоду није показало значајне резултате.<sup>517</sup> Наиме, постоје две основе мане института независних директора које утичу на способност ових лица да утичу на санкционисање понашања које може бити предмет поступка по деривативној тужби, а то су недовољна информисаност и познавање прилика у компанији (које околности утичу на способност откривања свих пропуста) и чињеница да независни директори макар и у ширем смислу представљају део друштвене категорије директора, због чега постоји урођена пристрасност ових лица у односу на питање потенцијалне одговорности њихових колега, па чак и када испуњавају најстрожије критеријуме независности.<sup>518</sup> Слични проблеми постоје када је реч о надзору који се врши од стране јавних тела, јер не постоји или надлежност или способност ових органа да открију све неправилности унутар компаније.<sup>519</sup> Литература сматра да најзначајнији конкурент деривативној представљају различити тржишни фактори, а

---

<sup>515</sup> I. Ramsay (1992), 152; A. Reisberg (2007), 24.

<sup>516</sup> I. Ramsay (1992), 153; A. Reisberg (2007), 26.

<sup>517</sup> I. Ramsay (1992), 153; A. Reisberg (2007), 34.

<sup>518</sup> A. Reisberg (2007), 34-35. У теорији компанијског права сматра се да постоје три општа ограничења института независних директора, а то су: презаузетост, некомпетентност и неинформисаност. Више вид. Вук Радовић, „Три разлога неефикасности независних директора“, *Правни живот* бр. 11/2011, 99-115.

<sup>519</sup> I. Ramsay (1992), 152; A. Reisberg (2007), 31-32.

посебно тржиште корпоративне контроле.<sup>520</sup> У том погледу, сматра се да уколико је одређено право либерално постављено према непријатељском преузимању акционарских друштава,<sup>521</sup> стална претња од упућивања понуде за преузимање може најбоље подстаћи директоре да воде рачуна о интересима акционара, јер сви пропусти у управљању могу довести до пада цене акција, што утиче на атрактивност компаније да буде циљно друштво, а што уколико се догоди по правилу води смени управе циљног друштва.<sup>522</sup> Изнето објашњење се сматра за један од разлога због којег у енглеском праву нема великог броја деривативних тужби, јер је енглеско право прилично либерално у односу на непријатељско преузимање, што није случај са америчким правом, због чега постоји потреба за већом применом деривативне тужбе.<sup>523</sup> Међутим, постоје и супротна мишљења која указују да деривативна тужба и тржиште корпоративне контроле нису међусобни супститути, јер су усмерени ка потпуно другачијим врстама понашања. Деривативна тужба за циљ има санкционисање појединачног понашања, док непријатељско преузимање по правилу води санкционисању континуираног пропуста у пословању друштва, али које нужно не мора да представља повреду дужности према друштву или стицање личне користи, већ једноставно само лоше управљање компанијом.<sup>524</sup> Такође, уколико пропусти у управљању компанијама који имају екстреман карактер (било у позитивном или негативном смеру), по правилу утичу да компанија није интересантна за преузимање.<sup>525</sup>

На основу наведеног може се закључити да није спорно да деривативна тужба не може бити у потпуности замењена другим механизмима корпоративног управљања, због чега може имати своје место у систему корпоративног управљања,<sup>526</sup> те да иако по правилу представља последње средство заштите акционара, истовремено представља и једино средство које акционарима стоји на располагању у циљу изједначавања интереса туженог и друштва. Међутим, изнете

---

<sup>520</sup> I. Ramsay (1992), 154; A. Reisberg (2007), 37. Тржиште корпоративне контроле, као део тржишта капитала представља сегмент финансијског тржишта на коме се тргује контролним капитал–учешћем у акционарским друштвима. Више вид. В. Радовић (2008а), 14.

<sup>521</sup> Непријатељско преузимање се дефинише као покушај стицања контролног капитал–учешћа јавном понудом за преузимање без сагласности управе циљног друштва. Вид. *Ibid.*

<sup>522</sup> A. Reisberg (2007), 37-38.

<sup>523</sup> *Ibid.*, 38-39.

<sup>524</sup> *Ibid.*, 39.

<sup>525</sup> *Ibid.*, 44.

<sup>526</sup> Вид. I. Ramsay (1992), 155.

констатације и даље не указују на који начин се испољава значај деривативне тужбе као механизма корпоративног управљања, а што представља основ за оцену ефикасности деривативне тужбе у систему корпоративног управљања.

Деривативна тужба се подноси када се уочи појединачни пропуст управе или већинског акционара, услед којег је друштву проузрокована штета или други негативни утицај на имовину друштва. У претходним излагањима је било речи о томе да је примарна сврха деривативне тужбе отклањање штетних последица које су настале по друштво. Међутим, значај деривативне тужбе као механизма корпоративног управљања се не огледа у висини користи која је остварена у судском поступку, јер у том случају успех у поступку доводи до успостављања имовинске равнотеже друштва, али сам по себи не утиче на изједначавање интереса туженог и друштва или његових чланова. Наиме, сви механизми корпоративног управљања требало би да резултирају настанком додатне вредности, која се испољава у приближавању интереса принципала и агента, што би требало да спречи повреду дужности од стране агента, али деривативна тужба по својој природи не може имати ту функцију у конкретном случају због којег је поднета. Међутим, деривативна тужба иако у односу на конкретан пропуст који је предмет тужбе не може довести до изједначавања интереса принципала и агента, јер се сукоб већ догодио, може утицати на будуће понашање туженог, али и свих лица која припадају заједници која је заинтересована за исход поступка, односно деривативна тужба може имати ефекте, како на друштво за чији рачун је поднета, тако и на компаније које се налазе у сличној позицији. Дакле, значај деривативне тужбе као механизма корпоративног управљања огледа се искључиво у додатном или споредном ефекту који се испољава у виду утицаја на будуће понашање тужених<sup>527</sup> и уопште будућих процеса управљања компанијама што би могло довести до изједначавања интереса принципала и агента, на начин који не би био могућ да није било поступка по деривативној тужби. Литература углавном наводи да је реч о изједначавању интереса управе и акционара што указује да се деривативна тужба углавном сматра као механизам решавања првог агенцијског проблема.<sup>528</sup>

---

<sup>527</sup> Вид. I. Ramsay, B. Saunders, 3-4.

<sup>528</sup> Аутори Ian M. Ramsay и Benjamin B. Saunders говоре о изједначавању интереса управе и друштва, што такође указује да је реч о првом агенцијском проблему, иако интерес акционара не би требало поистоветити са интересом друштва. Вид. *Ibid.*, 2.

#### 4.9. Анализа ефикасности деривативне тужбе као механизма корпоративног управљања

Полазећи од закључка да се значај деривативне тужбе као механизма корпоративног управљања испољава кроз превентивно дејство тужбе на неко будуће понашање,<sup>529</sup> вероватно је да није могуће поуздано оценити степен ефикасности деривативне тужбе као механизма корпоративног управљања.

Превентивни утицај деривативне тужбе може постојати у два облика.

Први облик превентивног деловања деривативне тужбе се односи на одвраћање појединца од кршења дужности према друштву, а које је последица претходно успешно окончаног поступка по деривативној тужби. Одвраћање појединца од кршења дужности може бити последица страха од одговорности или промене личних схватања, али у оба случаја је реч о узроку чије постојање није могуће утврдити,<sup>530</sup> јер је реч о искључиво унутрашњој сфери појединца. У том погледу, у оквиру излагања о сврси деривативне тужбе, наведено је да превентивни ефекат деривативне тужбе није могуће емпиријски утврдити из ког разлога се превентивна функција деривативне тужбе не може квалификовати као примарна, а самим тим не може представљати основ за давање позитивне оцене о ефикасности деривативне тужбе као механизма корпоративног управљања.

Други начин утицаја поступка по деривативној тужби (не нужно успешно окончаног поступка) се односи на промене које могу настати у управљачкој структури компаније које су биле изложене деривативној тужби.<sup>531</sup> За разлику од првог начина утицаја, у овом случају је могуће емпиријски утврдити да ли подношење деривативне тужбе утиче на промене у начину управљања компанијом. Ова врста истраживања су вршена у САД, која су заједно обухватила период од 1960. године до 1999. године.<sup>532</sup> Аутори истраживања су дошли до сличних резултата, а то је да су уочене промене у величини и структури одбора директора у компанијама које су биле изложене деривативној тужби, у односу на компаније које нису биле изложене овој врсти поступака. Такође, уочено је да се након подношења

---

<sup>529</sup> Вид. А. Scarlett (2008a), 594.

<sup>530</sup> I. Ramsay (1992), 156.

<sup>531</sup> S. Ferris, R. Lawless, A. Makhija, 2, 4.

<sup>532</sup> *Ibid.*, 4. У овом случају истраживање је обухватило деривативне тужбе у САД поднете у периоду 1982-1999. године. R. Romano (1991), 58. У овом случају истраживање је обухватило деривативне тужбе у САД поднете у периоду 1960-1987. године.



тужбе повећава број независних директора, као и флукуација чланова одбора, а посебно да се смењују чланови који су функцију вршили пре подношења тужбе.<sup>533</sup> Поред случајева када је до промене дошло мимо поступка по деривативној тужби, али услед утицаја постојања судског поступка, у појединим случајевима до промене управљачке структуре друштва је дошло и на основу садржине поравнања које се закључује у самом поступку по деривативној тужби.<sup>534</sup> Имајући у виду наведено, може се закључити да је у поменутих случајевима деривативна тужба била значајна у мери у којој је допринела активирању других механизмима корпоративног управљања, што додатно потврђује тезу да деривативна тужба представља посредан механизам корпоративног управљања. Међутим, иако су аутори дошли до сличних резултата истраживања, постоје различите оцене добијених резултата. Са једне стране постоје аутори који сматрају да наведени резултати представљају неоспоран доказ да деривативна тужба представља ефикасан и значајан механизам корпоративног управљања (иако се признаје да у истраживања нису укључени трошкови који настају као последица вођења поступка).<sup>535</sup> Са друге стране, постоје аутори који уочене промене не сматрају значајним напретком у систему корпоративног управљања једне компаније, посебно јер сумњају да су уочене промене вероватно последица неких других фактора, а не само подношења деривативне тужбе (на пример лоших резултата компаније који су настали као последица повреде).<sup>536</sup> На тај начин се долази до закључка да ни код другог облика утицаја деривативне тужбе на процес корпоративног управљања није могуће утврдити да ли је позитивна промена у компанији последица покретања поступка по деривативној тужби или неког другог фактора. Тиме се коначно потврђује хипотеза да је примарна сврха деривативне тужбе успостављање имовинске равнотеже друштва, док споредни ефекти које деривативна тужба може имати на процес управљања компанијом, с обзиром на то да нису нужна последица сваког поступка по деривативној тужби, не могу представљати основни циљ деривативне тужбе.

Данас када се говори о значају деривативне тужбе као механизму корпоративног управљања, углавном се наводи да постоје различита мишљења, при чему се стиче утисак да је више аутора који сматрају да је деривативна тужба

---

<sup>533</sup> S. Ferris, R. Lawless, A. Makhija, 19-24.

<sup>534</sup> *Ibid.*, 3.

<sup>535</sup> *Ibid.*, 25.

<sup>536</sup> R. Romano (1991), 84-85.

неефикасан механизам корпоративног управљања. Основни разлог због којег се сматра да је деривативна тужба неефикасан механизам корпоративног управљања јесте тај да успешност деривативне тужбе у великој мери зависи од способности и воље судова да реше одређено спорно питање.<sup>537</sup> У том погледу, када је реч о америчком праву, као пример претходно дате констатације, углавном се наводи да проблеми који се односе на накнаде директора или добротворна давања компаније не могу бити решени деривативном тужбом, јер амерички судови традиционално одбијају да се упуштају у оцену преиспитивања одлуке компаније о наведеним питањима.<sup>538</sup> Сличне околности могу постојати и у односу на друге сфере компанијског права. Поред наведеног, у појединим правима, независно од проблема који се везују за материјални домен примене, постоје и проблеми који се односе на процесне препреке за подношење деривативне тужбе,<sup>539</sup> те сви наведени проблеми у садејству утичу да поступак по деривативној тужби није најприкладније окружење за изједначавање интереса који могу доћи у сукоб унутар једног привредног друштва.

#### 4.10. Закључак о деривативној тужби као механизму корпоративног управљања

На основу свега наведеног може се закључити да деривативна тужба представља неефикасан (посредан) механизам решавања постојећих агенцијских проблема.

Деривативна тужба као механизам корпоративног управљања може функционисати само уз посебне дужности према привредном друштву, које су препознате као непосредан механизам решавања првог и другог агенцијског

---

<sup>537</sup> Zhang Zhong, „The Shareholder Derivative Action and Good Corporate Governance in China: Why the Excitement is Actually for Nothing“, *Pacific Basin Law Journal* Vol. 28, Iss. 2 2011, 178; Joseph A. McCahery, Alexander de Roode, *Corporate Litigation in Specialized Business Courts*, 2016, European Corporate Governance Institute (ECGI) – Law Working Paper No. 302/2015, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=2664621>, 12.09.2017, 19.

<sup>538</sup> Посебно када је реч о накнадама директора, сматра се да уколико суд није оспорио накнаду у износу од 140 милиона долара коју је директор компаније *Disney, Michael Ovitz*, примио услед раскида уговора након само неколико месеци рада, те да је накнада била структурирана на начин да се *Michael Ovitz*-у више исплатило да буде разрешен него да врши функцију, поставља се питање када би суд сматрао да је накнада директора непримерена. J. Fisch, 759, 765. О случају *Disney* више вид. Вук Радовић, *Накнада члановима управе акционарског друштва – препоруке добре праксе корпоративног управљања*, Правни факултет Универзитета у Београду 2011, 1-7, 14-18.

<sup>539</sup> Вид. D. Branson, 401.

проблема. У том погледу, а везано за расправу о деривативној тужби као механизму корпоративног управљања, долази се до прве тачке спорења. Дилема која постоји је следећа: да ли механизам корпоративног управљања представљају посебне дужности према друштву или деривативна тужба као начин принудног санкционисања кршења посебних дужности, односно да ли постојеће сукобе унутар друштва на првом месту треба да решавају/спрече посебне дужности према друштву или судски поступак који се покреће услед кршења тих дужности. Међусобни однос посебних дужности према друштву и деривативне тужбе у контексту корпоративног управљања је веома сложен и тешко може бити до краја разлучен. Механизми корпоративног управљања требало би да допринесу да до конкретног сукоба не дође, а управо томе служе посебне дужности према друштву. Међутим, уколико би лица која имају посебне дужности према друштву унапред знала да не постоји санкција за кршење дужности, онда посебне дужности, као такве не би имале значај у систему корпоративног управљања. На тај начин се долази до закључка да је управо санкција која наступа услед кршења посебних дужности, механизам који решава настали сукоб, а може имати и превентивно дејство на појединца које наступа као последица примењене санкције. Управо због чињенице да се не може оспорити могућност да поступак по деривативној тужби превентивно делује на понашање лица са посебним дужностима према друштву, у смислу да ће одвратити појединца од недозвољеног понашања, деривативна тужба може представљати механизам корпоративног управљања. Међутим, имајући у виду да се превентивни утицај деривативне тужбе остварује кроз судски поступак, деривативна тужба се углавном оцењује као неефикасан механизам корпоративног управљања. Друга тачка спорења у расправи о деривативној тужби као механизму корпоративног управљања узрокована је самом дефиницијом агенцијских проблема. За први агенцијски проблем се каже да је у питању сукоб између акционара и управе. Међутим, уколико код првог агенцијског проблема између појма интереса акционара и интереса привредног друштва нема знака једнакости, у том случају деривативна тужба тешко може представљати непосредан механизам корпоративног управљања, јер се деривативна тужба подноси у циљу заштите интереса привредног друштва, а не акционара, те самим тим лични интереси акционара, по правилу, могу бити само делимично заштићени деривативном тужбом. Уколико акционари сматрају да су лично погођени повредом посебних дужности према друштву на

располагању им стоји индивидуална тужба, која је директно усмерена искључиво ка заштити личних интереса акционара. Ипак, имајући у виду да заштитом интереса друштва у великом броју случајева акционари посредно штите и лични интерес, деривативна тужба може опстати као механизам решавања првог агенцијског проблема. Када је реч о другом агенцијском проблему, такође је спорно да ли је деривативна тужба механизам решавања овог агенцијског проблема, јер је реч о сукобу између мањинских и већинских акционара друштва, па је сасвим извесно да би било тешко изједначити појмове интереса привредног друштва и интереса једне од две групе акционара у сукобу, иако се најчешће интерес мањинских акционара поистовећује са интересом привредног друштва. На крају, када је реч о трећем агенцијском проблему, имајући у виду да је реч о сукобу интереса друштва (укључујући власнике друштва и управу) и других конститутивних интереса који постоје унутар друштва, деривативна тужба не може представљати механизам корпоративног управљања, јер посебне дужности чак ни посредно не постоје према појединачним интересима који потичу изван сфере привредног друштва, а које су предуслов да би деривативна тужба могла бити посматрана као инструмент заштите неког од тих интереса, односно механизам корпоративног управљања. На основу свега наведеног проистиче да је деривативна тужба посредан механизам решавања агенцијских проблема, јер се кроз заштиту интереса привредног друштва који се остварује деривативом тужбом, посредно штите интереси чланова друштва (свих или мањинских), који су признати у оквиру првог и другог агенцијског проблема. Деривативна тужба може представљати директан механизам корпоративног управљања уколико се прихвати концепт непосредног сукоба интереса привредног друштва и интереса чланова друштва (*sui generis* агенцијски проблем), али у оквиру формираних агенцијских проблема директан сукоб наведених интереса још увек није признат као засебан проблем. У том погледу постоје основи за формирање новог агенцијског проблема или евентуално подврсте трећег агенцијског проблема, а у којем би се констатовало постојање директног сукоба интереса привредног друштва са једне стране и интереса чланова друштва са друге стране. У овом случају, деривативна тужба, барем када је реч о српском праву, може представљати непосредан механизам решавања сукоба, јер је деривативном тужбом могуће искључити члана друштва са ограниченом одговорношћу који изазива сукоб и онемогућава функционисање друштва. Имајући у виду све проблеме који постоје

при одређењу деривативне тужбе као механизма корпоративног управљања више је него јасно да није у питању инструмент који ефикасно може допринети решавању сукоба унутар друштва, у виду спречавања настанка сукоба, већ да је примарна функција деривативне тужбе отклањање последица када до сукоба дође.

#### 4.11. Деривативна тужба као извор настанка агенцијског проблема

Деривативна тужба, осим као један од механизма решавања агенцијских проблема, понекад се схвата и као могући извор настанка агенцијског проблема.<sup>540</sup> Агенцијски проблем који у овом случају настаје јесте сукоб интереса између члана друштва који подноси тужбу и интереса друштва, а затим и интереса других чланова друштва који су на посредан начин тангирани поступком по деривативној тужби. Сукоб настаје као последица схватања да је деривативна тужба непотребна и да ће друштву донети више штете, него користи и да заправо служи искључиво интересу тужилаца.<sup>541</sup> Поред сукоба који настаје у односу на потребу подношења тужбе, исти сукоб може настати и током поступка када се појави питање да ли треба предузети одређену радњу, на пример закључити поравнање. Затим, поред сукоба који могу настати у друштву због подношења деривативне тужбе, деривативна тужба генерише још један агенцијски трошак, а то је стварање негативног утицаја на процес доношења одлука, јер страх од одговорности може утицати, како на спремност појединаца да прихвате функцију директора, тако и на прихватање пословних ризика, а због чега друштво може имати додатне трошкове како би охрабрило појединце да преузму функцију у друштву и ризичне пословне подухвате.<sup>542</sup> На овај начин посматрано, схватање деривативне тужбе као извора агенцијског проблема у основи се своди на питање оправданости деривативне тужбе, о чему ће бити рећи у наредним излагањима.

Схватање о деривативној тужби као извору агенцијског проблема настало је по узору на односе који иначе постоје код представничких тужби, код којих по правилу интереси тужиоца (агента) нису изједначени са интересом других лица чији

---

<sup>540</sup> Ово није само особеност деривативне тужбе. Наиме, накнаде члановима управе као механизам решавања првог и другог агенцијског проблема, такође могу представљати и извор настанка истих агенцијских проблема. Вид. В. Радовић (2011б), 28-39.

<sup>541</sup> А. Коорманн, 897.

<sup>542</sup> Вид. А. Reisberg (2007), 50.

се интереси заступају у поступку (принципала).<sup>543</sup> Проблем неусаглашености интереса између агента и принципала у представничким парницама је препознат код колективне тужбе, из ког разлога је формиран институт водећег тужиоца, који представља класу и предузима парничне радње, а који по самом закону током поступка мора да води рачуна о интересима целе класе, а не само о сопственим интересима.<sup>544</sup> Међутим, сличан механизам не постоји код деривативне тужбе, те чланови друштва код деривативне тужбе не носе одговорност за подношење неоснованих или непотребних деривативних тужби или за предузимање таквих радњи у поступку. Сматра се да у овом тренутку једини правни механизам који служи спречавању подношења неоснованих тужби су услови за подношење деривативне тужбе, али за које се показало да нису довољни како би се спречило подношење непотребних тужби.<sup>545</sup> Поред наведеног, за деривативну тужбу се сматра да је ризик од настанка сукоба интереса између принципала и агента још израженији, јер тужилац нема непосредни интерес у поступку (као што је то случај код колективне тужбе), те се фактички положај тужиоца код деривативне тужбе изједначава са положајем било ког другог лица које управља туђом имовином.<sup>546</sup>

Имајући у виду све наведено постоје мишљења да би у циљу спречавања неоснованих тужби требало увести концепт водећег тужиоца и посебне дужности тог тужиоца код деривативне тужбе (на сличан начин као код колективне тужбе), који би по својој садржини представљао обавезу да се не подносе неосноване тужбе.<sup>547</sup> Међутим, потребно је указати да аутор који се залаже за увођење посебних дужности тужиоца код деривативне тужбе не образлаже на који начин би требало да функционише постојање дужности. Претпоставка је да би повреда дужности требало да доведе до одређеног санкционисања тужиоца који је поднео непотребну деривативну тужбу, јер у супротном увођење дужности не би имало нарочиту сврху.

Концепт фидуцијарних тужиоца код деривативне тужбе, иако на први поглед прихватљив, ипак има основни недостатак, а то је да се овим концептом не би могли заштитити сви интереси који су присутни у поступку по деривативној тужби (друштва и његових чланова). Наиме, увођење фидуцијарних дужности тужиоца код

---

<sup>543</sup> А. Koopmann, 897.

<sup>544</sup> *Ibid.*, 904.

<sup>545</sup> *Ibid.*, 908.

<sup>546</sup> *Ibid.*, 906.

<sup>547</sup> *Ibid.*, 897, 914-915.

деривативне тужбе које би постојале према друштву и члановима друштва довело би до излажења из оквира појма и сврхе деривативне тужбе, јер интереси чланова нису примарни интереси који се штите деривативном тужбом. Са друге стране, уколико би фидуцијарне дужности тужиоца постојале само према друштву, тада се изоставља интерес чланова друштва, који је неминовно присутан у поступку по деривативној тужби. У том погледу је тешко оправдати правни концепт који се заснива на идеји представничке парнице, али којим се штите само одређени интереси који су присутни у поступку.

Поред наведеног увођење фидуцијарних дужности тужиоца код деривативне тужбе, као основа потенцијалне одговорности према друштву је проблематично, јер деривативна тужба представља овлашћење члана друштва које му је дато законом, па би концептуално тешко било оправдати постојање одговорности која је последица вршења законом признатог овлашћења. У том смислу потребно је напоменути да деривативна тужба није једина тужба коју могу поднети мањински чланови друштва, али у односу на те друге тужбе до сада није било залагања за увођење фидуцијарних дужности тужиоца. Такође, постојали би и практични проблеми у примени фидуцијарних дужности тужиоца код деривативне тужбе, јер свака одбијајућа пресуда у поступку по деривативној тужби не би требало да представља основ за одговорност тужиоца. Одговорност тужиоца би била оправдана само када би подношење деривативне тужбе представљало злоупотребу права, што би било тешко утврдити у сваком конкретном случају, с обзиром на околност да концепт општег појма злоупотребе права, иако присутан у теорији, у пракси се ретко среће као основ одговорности.

На крају, може се закључити да сукоб или агенцијски проблем који може настати као последица постојања деривативне тужбе (непотребне или неосноване тужбе), ипак би требало решити на нивоу законом дефинисаних услова за подношење деривативне тужбе.<sup>548</sup> У том погледу правилно дефинисани услови за подношење деривативне тужбе требало би да деривативну тужбу оставе изван домашаја лица која би могла да злоупотребе право на подношење деривативне тужбе. Уколико се поставе строги услови за подношење тужбе, онда је проблем подношења непотребних тужби решен на конкретнији начин него што би то било увођењем фидуцијарних дужности. На исти начин проблем предузимања појединих

---

<sup>548</sup> J. Fisch, 757.

радњи у поступку које нису у интересу друштва или чланова углавном је решен тиме да је за њихово предузимање неопходно одобрење суда, из кога разлога увођење концепта посебних дужности такође није потребно. Поред наведеног, фидуцијарне дужности тужиоца би вероватно имале негативан утицај на стварање подстицаја за подношење тужбе (вероватно и значајнији него што је то случај са постојећим условима за подношење деривативне тужбе).



## ГЛАВА X

### ДОМЕН ПРИМЕНЕ ДЕРИВАТИВНЕ ТУЖБЕ

#### 1. Ограниченост објективног и субјективног домена примене деривативне тужбе

У излагањима о основним обележјима деривативне тужбе наведено је да деривативна тужба није општа тужба компанијског права, већ да је ограничена по свом објективном (материјалном) и субјективном (персоналном) домену примене.

Дакле, само законом одређена лица могу бити странке у поступку по деривативној тужби (субјективни домен примене). Такође, деривативну тужбу је дозвољено поднети само поводом законом одређених института компанијског права (објективни домен примене).

Посебно, када је реч о објективном домену примене деривативне тужбе, потребно је нагласити да је деривативна тужба по свом домашају двоструко ограничена, јер осим што се може поднети само поводом тачно одређених института компанијског права, деривативном тужбом је могуће захтевати и само законом прописану правну последицу.

У упоредном праву деривативна тужба се углавном везује за одговорност управе због повреде посебних дужности према друштву, међутим ова карактеристика није својствена српском праву. Наиме, у српском праву деривативну тужбу је могуће поднети и у другим случајевима, што представља значају особеност српског права када је у питању објективни домашај деривативне тужбе, који је шири него што је то случај са осталим правима.

#### 2. Објективни домен примене деривативне тужбе

Објективни домен примене деривативне тужбе у српском праву у првом реду чине посебне дужности према привредном друштву и правила о ограничењима плаћања код акционарских друштава. У односу на ова два института ЗПД изричито прописује могућност подношења деривативне тужбе.<sup>549</sup> Поред наведеног, изменама ЗПД из 2018. године, у српско право је уведен још један основ за подношење деривативне тужбе, а то је искључење члана друштва са ограниченом одговорношћу

---

<sup>549</sup> Вид. ЗПД, чл. 79, 275.

одлуком суда. У овом случају није спорно да је реч о деривативној тужби, с обзиром на околност да чл. 196 ст. 6 ЗПД изричито прописује да се тужба за искључење подноси у своје име, а за рачун друштва, али је у овом случају ЗПД одступио од општих правила којима је уређена деривативна тужба у чл. 79 ЗПД, те је у крајњем исходу чл. 196 ЗПД прописао посебну врсту деривативне тужбе.

Било је речи о томе да поред наведених института, ЗПД још у два случаја прописује могућност да чланови друштва који поседују 5% учешћа у основном капиталу друштва поднесу тужбу ради заштите права друштва.

Наиме, чл. 49 ст. 2 ЗПД, којим се регулише одговорност стипендијара и преносиоца удела/акција према друштву за обавезе преносиоца у вези са улогом настале до дана преноса, прописује да се права друштва у овом случају остварују тужбом, коју осим друштва могу поднети и чланови који поседују или представљају најмање 5% основног капитала друштва. Такође, чл. 472 ст. 1 ЗПД, којим се уређују правне последице повреде одредаба закона о располагању имовином велике вредности, прописује да ако није прибављено одобрење за располагање имовином велике вредности у складу са одредбама ЗПД, друштво и акционар који је поседовао или представљао најмање 5% основног капитала друштва на дан закључења спорног правног посла или предузимања правне радње стипендијара или располагања имовином велике вредности, могу поднети тужбу за поништај правног посла, односно радње или тужбу за накнаду штете. Дакле, у наведеним случајевима реч је о правима које осим друштва, може остварити и члан друштва који поседује 5% учешћа у основном капиталу друштва. Имајући у виду наведено потребно је анализирати да ли је и у овим случајевима реч о деривативној тужби, те самим тим да ли српско право познаје више врста деривативне тужбе, имајући у виду да се услови за подношење деривативне тужбе због повреде посебних дужности и правила о ограничењима плаћања разликују од услова за подношење тужбе ради искључења члана из друштва са ограниченом одговорношћу, као и тужбе поводом одговорности стипендијара и преносиоца удела/акција према друштву за обавезе преносиоца у вези са улогом, настале до дана преноса и тужбе за поништај правног посла или накнаду штете због повреде правила о располагању имовином велике вредности.

## 2.1. Посебне дужности према привредном друштву

Примарни објективни домен примене деривативне тужбе у српском праву чине посебне дужности према привредном друштву. Овај закључак се изводи на основу садржине чл. 79 ЗПД, који изричито прописује да се деривативна тужба подноси ради остваривања права друштва због повреде посебних дужности.

Концепт посебних дужности према привредном друштву настао је у англосаксонској судској пракси крајем 19. и почетком 20. века,<sup>550</sup> а у српско право први пут је уведен ЗПД из 2004. године.<sup>551</sup> У англосаксонском праву ове дужности се називају фидуцијарне дужности, што указује на њихово порекло и начин настанка.<sup>552</sup> Наиме, концепт посебних дужности у компанијском праву је настао по угледу на дужности које је трасти имао према бенефицијару, јер се однос који постоји између власника друштва и управе поистовећивао са природом односа између трастија и бенефицијара, а који се заснивао на поверењу које је дато приликом поверавања имовине на управљање. Међутим, судска пракса је убрзо уочила да се положај директора друштва не може поистоветити са трастом, јер је задатак управе, не само да очува, већ и да увећа имовину која јој је поверена.<sup>553</sup> У континенталним правима (која не познају концепт траста) такође се може пронаћи адекватан правни основ постојања посебних дужности, па се у том погледу обично наводи да се посебне дужности директора и осталих лица која могу да утичу на процес доношења одлука у друштву заснивају на начелу савесности и поштења, дужности испуњења обавеза и начелу забране злоупотребе права.<sup>554</sup>

ЗПД садржи три групе одредаба којима се регулишу посебне дужности према привредном друштву. Прву групу чине одредбе које дефинишу круг лица која имају посебне дужности према друштву. Другу групу чине одредбе којима се дефинише

---

<sup>550</sup> V. Black, *et.al.* (2008a), 31-35.

<sup>551</sup> ЗПД 2004 је користио термин дужности према друштву, док тренутно важећи ЗПД користи термин посебне дужности.

<sup>552</sup> Bernard Black, Brian Cheffins, Michael Klausner, Outside Director Liability, Stanford Law School, Working paper No. 250, 2003, доступно на адреси: <http://ssrn.com/abstract=382422>, 07.03.2012, 8. Већина америчких држава је кодификовала посебне дужности, углавном по узору на МВСА, док је Енглеска то учинила тек Компанијским законом из 2006. године. Lyman Johnson, Having the Fiduciary Duty Talk: Model Advice for Corporate Officers (and Other Senior Agents), The University of Maryland, Business Lawyer, Volume 63, 2007, доступно на адреси: <http://ssrn.com/abstract=1081886>, 01.04.2012, 3.

<sup>553</sup> Denis Keenan, *Smith and Keenan's Company Law for Students*, Pitman 2006<sup>8</sup>, 180-181.

<sup>554</sup> Tea Hasić, „Dužnost dioničara na lojalno postupanje prema društvu i ostalim dioničarima“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 2/2013, 801-802.

садржина посебних дужности према друштву. Трећу групу чине одредбе којима се прописују санкције за повреду сваке појединачне дужности и врста тужбе која може бити поднета у циљу реализације санкције. Тренутно, српско право прописује пет посебних дужности према привредном друштву, а то су дужност пажње, дужност пријављивања послова и радњи у којима постоји лични интерес, дужност избегавања сукоба интереса, дужност чувања пословне тајне и дужност забране конкуренције. Дужност пажње има ограничен домен примене у односу на остале дужности, јер ова дужност обавезује само лица која спадају у круг заступника друштва,<sup>555</sup> док остале дужности, поред заступника имају и сва друга лица која имају посебне дужности према друштву.<sup>556</sup> Англосаксонско право традиционално познаје поделу на две дужности – дужност пажње и дужност лојалности.<sup>557</sup> Основни задатак дужности пажње јесте да дефинише степен пажње који је потребно испољити приликом обављања функције у друштву, било да се послови из делокруга лично обављају или се делегирају другим лицима, у ком случају постоји обавеза надзора тих лица од стране преносиоца овлашћења.<sup>558</sup> Са друге стране, дужност лојалности треба да обезбеди да лица која доносе одлуке у име друштва

---

<sup>555</sup> ЗПД, чл. 61 ст. 1, тач. 4 – директори, чланови надзорног одбора, заступници, прокуристи и ликвидациони управник.

<sup>556</sup> ЗПД, чл. 61 ст. 1, тач. 1, 2, 3 – ортаци и комплементари, чланови друштва са ограниченом одговорношћу који поседују значајно учешће у основном капиталу друштва или члан друштва са ограниченом одговорношћу који је контролни члан друштва у смислу чл. 62 ЗПД, акционари који поседују значајно учешће у основном капиталу друштва или акционар који је контролни акционар друштва.

<sup>557</sup> У теорији и судској пракси се повремено појави идеја о постојању додатних дужности према друштву, при чему се посебно поставило питање да ли дужност поступања у доброј вери (*duty of good faith*) представља самосталну дужност или део дужности лојалности. Ова дилема је нарочито постала актуелна након случаја *Cede & Co. v. Technicolor, Inc* из 1993. године, у коме је суд помињао дужност поступања у доброј вери. Међутим, теорија је тренутно и даље мишљења да постоје само две основне дужности. Leo Strine, *et.al.*, *Loyalty's Core Demand: The Defining Role of Good Faith in Corporation Law*, Widener University School of Law, Harvard University School of Law, 2009, доступно на адреси: <http://ssrn.com/abstract=1349971>, 17.03.2012, 631, 696. Више вид. Julian Velasco, *How Many Fiduciary Duties are there in Corporate Law?*, *Southern California Law Review*, Volume 83, 2010, доступно на адреси: <http://ssrn.com/abstract=1457804>, 01.04.2012, 1231-1231. У пракси су дефинисани оквирни стандарди на који начин директори треба да поступају како би испунили дужности које имају према друштву: *Corporate Director's Guidebook – Sixth Edition*, *The Business Lawyer* Vol. 66, No. 4 2011, 975-1064.

<sup>558</sup> Bernard S. Black, *The Core Fiduciary Duties of Outside Directors*, *Asia Business Law Review* 3-16, Stanford Law School Working Paper No. 219, 2001, доступно на адреси: <http://ssrn.com/abstract=270749>, 23.05.2012, 14; Lisa M. Fairfax, *Spare the Rod, Spoil the Director? Revitalizing Director's Fiduciary Duty Through Legal Liability*, University of Maryland School of Law, 2004, доступно на адреси: <http://ssrn.com/abstract=601970>, 01.04.2012, 397.

увек поступају у интересу друштва, а посебно у околностима када интерес друштва дође у сукоб са личним интересом ових лица.<sup>559</sup> Дакле, заједничка карактеристика посебних дужности према друштву је дефинисање упутства на који начин обавезана лица треба да поступају у односу према друштву.

У наставку ће бити наведена основна садржина посебних дужности у српском праву.

*Дужност пажње*<sup>560</sup> је дефинисана у виду стандарда пажње који мора да се испољи приликом предузимања радњи које спадају у делокруг функције која се обавља у друштву. У том погледу, ЗПД прописује да су директор, чланови надзорног одбора, заступници, прокуриста и ликвидациони управник дужни да извршавају своје послове савесно, са пажњом доброг привредника и у разумном уверењу да делују у најбољем интересу друштва. Под пажњом доброг привредника подразумева се степен пажње са којом би поступало разумно пажљиво лице које би поседовало знање, вештине и искуство које би се основано могло очекивати за обављање те дужности у друштву. Ако лица која имају дужност пажње поседују одређена специфична знања, вештине или искуство, приликом оцене степена пажње узеће се у обзир и та знања, вештине и искуство. Сматра се да лица која имају дужност пажње могу своје поступање да заснивају и на информацијама и мишљењима лица стручних за одговарајућу област, за које разумно верују да су у том случају савесно поступала. Санкција за повреду дужности пажње је накнада штете.

*Дужност пријављивања послова и радњи у којима постоји лични интерес*<sup>561</sup> обавезује сва лица која имају посебне дужности према привредном друштву да надлежни орган друштва обавесте о постојању личног интереса (или интереса са њим повезаног лица) у правном послу/радњи који друштво закључује или предузима. ЗПД прописује у којим случајевима се сматра да постоји лични интерес, као и поступак одобрења посла са личним интересом. Одобрење правног посла или радње је неопходно уколико вредност предмета тог посла или правне радње износи више од 10% књиговодствене вредности укупне имовине друштва исказане у последњем годишњем билансу стања. У случају да друштво није одобрило правни

---

<sup>559</sup> В. Black (2001б), 3; Darian M. Ibrahim, Individual or Collective Liability for Corporate Directors?, доступно на адреси: <http://ssrn.com/abstract=918119>, 28.06.2012, 955.

<sup>560</sup> ЗПД, чл. 63-64.

<sup>561</sup> ЗПД, чл. 65-68.

посао или радњу са личним интересом или приликом давања одобрења није било адекватно информисано, може поднети тужбу за поништај тог правног посла, односно радње и накнаду штете.

*Дужност избегавања сукоба интереса*<sup>562</sup> забрањује лицима са посебним дужностима према друштву да у свом интересу или интересу повезаних лица користе имовину друштва, информације до којих су дошли у том својству, а које иначе нису јавно доступне, затим да злоупотребе свој положај у друштву и користе могућности за закључење послова који се укажу друштву. У случају повреде дужности избегавања сукоба интереса ЗПД прописује могућност накнаде штете и пренос на друштво користи коју је прекршилац дужности или са њим повезано лице стекло услед повреде ове дужности.

*Дужност чувања пословне тајне*<sup>563</sup> обавезује запослене и лица која имају посебне дужности према друштву да чувају пословну тајну друштва, за време трајања тог својства у друштву и након престанка својства у периоду од минимум две, а највише пет година. У случају повреде дужности чувања пословне тајне ЗПД прописује могућност накнаде штете и искључење члана из друштва.

На крају, *дужност забране конкуренције*<sup>564</sup> обавезује лица са посебним дужностима да за време трајања својства у друштву или након престанка својства у периоду од две године (уколико је трајање дужности продужено оснивачким актом) без претходног одобрења друштва не могу имати својство лица са посебним дужностима у другом друштву које има исти или сличан предмет пословања, нити бити предузетник који има исти или сличан предмет пословања, запослен у конкурентском друштву, на други начин ангажован у конкурентском друштву или члан у другом правном лицу које има исти или сличан предмет пословања. У случају повреде дужности избегавања сукоба интереса ЗПД прописује могућност накнаде штете, пренос на друштво користи коју је прекршилац дужности или са њим повезано лице стекло услед повреде ове дужности и искључење члана из друштва.

Полазећи од појмова дужности пажње и дужности лојалности у англосаксонском праву, затим садржине посебних дужности у српском праву, може

---

<sup>562</sup> ЗПД, чл. 69-71.

<sup>563</sup> ЗПД, чл. 72-74.

<sup>564</sup> ЗПД, чл. 75-76.

се закључити да и српско право у основи познаје двојну поделу на дужност пажње и дужност лојалности, јер дужност пријављивања послова и радњи у којима постоји лични интерес, дужност избегавања сукоба интереса, дужност чувања пословне тајне и дужност забране конкуренције служе томе да лица која имају посебне дужности према друштву увек поступају у интересу друштва, а не личном или интересу трећих лица, што представља основу концепта дужности лојалности у англосаксонском праву.

Увођење посебних дужности према привредном друштву у српско право је неспорно оправдано, али је пракса показала да судови нису били довољно припремљени за увођење овог института компанијског права. Наиме, нешто више од једне деценије постојања посебних дужности у српском праву, у доступној судској пракси је тешко пронаћи одлуке судова које на прави начин разумеју посебне дужности. Посебне дужности су веома специфичан институт компанијског права, јер представљају велики потенцијал за дисциплиновање лица која су обухваћена овим дужностима, али истовремено уколико се у пракси не дефинише конкретна садржина посебних дужности, оне остају мртво слово на папиру. Основни проблем који се јавља у примени посебних дужности је висок степен апстракције, јер се њихова садржина у закону одређује правним стандардима, који конкретну садржину могу добити тек уколико се појави спор о садржини одређене дужности. Све претходно наведено упућује на крајњи закључак, а то је да се конкретна садржина посебних дужности формира у одлукама судова. Имајући у виду наведено, уочава се велика функционална веза између посебних дужности и деривативне тужбе, а самим тим и значај који деривативна тужба треба да остварује у компанијском праву.

Највиши степен апстракције у српском праву садржи дужност пажње. На први поглед чини се да је у српском праву дужност пажње садржана од три конститутивна елемента – савесност, пажња доброг привредника и уверење да се поступа у најбољем интересу привредног друштва, међутим то није случај. Наиме, од три наведена елемента само пажња доброг привредника представља садржину дужности пажње, док преостала два елемента (савесност и интерес привредног друштва), чине елементе одвојеног правног института – правила пословне процене (енгл. *business judgement rule*).<sup>565</sup> О појму правила пословне процене биће посебно

---

<sup>565</sup> Јована Величковић, *Накнада штете привредном друштву проузрокована радом органа управе*, Правни факултет Универзитета у Београду 2013, 81.

речи у наредним излагањима, те је за сада довољно рећи да је правило пословне процене настало у америчкој судској пракси убрзо након формирања дужности пажње са идејом да се ограничи одговорност чланова управе за последице донетих пословних одлука. У основи правила пословне процене налази се традиционално одбијање америчких судова да се мешају у процес доношења пословних одлука, уколико не постоји сукоб интереса директора који је донео одлуку.<sup>566</sup> Правило пословне процене, иако представља одвојен институт од дужности пажње, у крајњем ефекту функционално је повезано са дужности пажње, јер се сматра да је садржина дужности пажње дефинисана, не садржином стандарда пажње, већ садржином правила пословне процене, а у основи подразумева да постоји претпоставка да су директори поступали са дужном пажњом и на информисаној основи.<sup>567</sup>

За разлику од правила пословне процене, које представља новину у српском праву, дужност пажње у виду стандарда пажње доброг привредника у српском праву постоји још од доношења Закона о облигационим односима, као једно од начела облигационог права.<sup>568</sup> Исти стандард пажње садрже и други закони.<sup>569</sup> Међутим, иако ЗПД није први закон који садржи стандард пажње доброг привредника, јесте први закон који је дефинисао садржину дужности пажње.<sup>570</sup> ЗПД дужност пажње дефинише као степен пажње са којом би поступало разумно пажљиво лице које би поседовало знање, вештине и искуство које би се основано могло очекивати за обављање те дужности у друштву, али уколико лице поседује одређена специфична знања или вештине, онда се и ове околности узимају у обзир. На основу садржине стандарда пажње доброг привредника може се закључити да

---

<sup>566</sup> B. Cheffins, B. Black (2006), 1395.

<sup>567</sup> Bernard B. Black, Brian R. Cheffins, Michael Klausner, Outside Director Liability, European Corporate Governance Institute, Working paper No. 68/2006, доступно на адреси: <http://ssrn.com/abstract=894921>, 07.03.2012, 1091. У америчком праву стандард одговорности је груба непажња, те директори нису одговорни за штету која је проузрокована обичном непажњом. Martin Petrin, The curious case of directors' and officers' liability for supervision and management: exploring the intersection of corporate and tort law, American University Law Review, Vol. 59, No. 6, 2010, доступно на адреси: <http://digitalcommons.wcl.american.edu/aulr>, 02.04.2017, 1691.

<sup>568</sup> ЗОО, чл. 18.

<sup>569</sup> Закон о хипотеци, *Службени гласник РС*, бр. 115/2005, 60/2015, 63/2015 – одлука УС и 83/2015, чл. 17 ст. 2; Закон о заложном праву на покретним стварима уписаним у регистар *Службени гласник РС*, бр. 57/2003, 61/2005, 64/2006 – испр. и 99/2011 – др. закони), чл. 18 ст. 1.

<sup>570</sup> J. Величковић (2013), 77.



ЗПД прописује објективно – субјективни појам пажње доброг привредника,<sup>571</sup> јер у првом реду елементи дужности пажње се заснивају на објективним критеријумима који су једнаки за сва лица на која се дужност односи, док у другом реду прописује субјективне критеријуме који могу постојати само код одређених лица. Занимљиво је истаћи да су објективни критеријуми стандарда дужности пажње готово идентични дефиницији пажње доброг привредника из Скице проф. Константиновића.<sup>572</sup> Иако је дужност пажње доброг привредника детаљно дефинисана законом, у пракси је, по правилу, тешко утврдити да ли је у конкретном случају лице на које се ова дужност односи испољило довољан степен пажње. У том погледу постоји свега неколико одлука судова у којима је дефинисано које понашање представља повреду дужности пажње. На пример, судска пракса је заузела став да повреду дужности пажње представља давање јемства за друго лице од стране друштва, а без уговарања одговарајућег средства обезбеђења за реализацију регресног права друштва,<sup>573</sup> затим издавање бланко потписаних исправа друштва,<sup>574</sup> пребацивање средства са рачуна привредног друштва на рачун другог правног лица без одговарајућих исправа,<sup>575</sup> поуздање директора у информацију дату од стране трећег лица да привредно друштво у коме обавља функцију није обавезник ревизије, што не одговара чињеничном стању, услед чега друштво буде одговорно за привредни преступ.<sup>576</sup> У поређењу са стандардом дужности пажње у пракси већи проблеми настају у примени правила пословне процене. Постоји опште мишљење да се судови до сада нису бавили применом правила пословне процене, међутим то није у потпуности тачно, јер се судови у одлукама баве елементима правила пословне процене, иако се формално ретко позивају на овај институт. Судовима је за примену најзахтевнији елемент правила који се односи на интерес привредног друштва, јер једна иста објективна чињеница у једном случају може бити у интересу привредног друштва, док у другом случају не мора. Тако на пример,

---

<sup>571</sup> *Ibid.*

<sup>572</sup> *Ibid.* У већини права стандард захтеване пажње је објективне природе. Paul L. Davies, Klaus J. Hopt, Boards in Europe – Accountability and Convergence, Oxford Legal Studies Research Paper No. 40/2013, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=2212272>, 04.07.2017, 38.

<sup>573</sup> Пресуда Вишег трговинског суда, Пж – 1705/2009 од 24.9.2009. године – Судска пракса трговинских судова – Билтен бр. 4/2009.

<sup>574</sup> Пресуда Апелационог суда у Београду, Гж – 15116/2010(2) од 14.10.2011. године.

<sup>575</sup> Пресуда Привредног апелационог суда, Пж – 1866/2016 од 9.3.2017. године.

<sup>576</sup> Пресуда Привредног апелационог суда, Пж – 360/2013(1) од 21.1.2014. године – Судска пракса привредних судова – Билтен бр. 4/2013.

суд је у једној одлуци навео да интерес друштва није и не може бити да се принудно ликвидира. У овој одлуци је занимљиво на који начин суд схвата интерес привредног друштва, па је даље у одлуци навео „Ликвидација друштва није ни интерес већине чланова друштва, запослених, добављача и пословних сарадника и целе друштвене заједнице, поготову када друштво – тужилац, сваке године позитивно послује. Неспорно је да тужени имају права по основу удела, али права тужених као чланова не могу бити већа од права већине чланова друштва који се противе ликвидацији и који желе да друштво послује и развија се. Права тужених нису и не могу бити већа од права друштва као посебног правног субјекта, који запошљава, приходује, има имовину, остварује добит и измирује обавезе“.<sup>577</sup> Са друге стране у другом поступку суд је у пресуди<sup>578</sup> навео да је „првостепени суд пропустио да утврди да ли је интерес привредног друштва био ипак да се ликвидира узимајући у обзир све околности случаја“. Иста дилема може постојати у низу других ситуација. Имајући у виду све наведено, јасно је да судове у будућности чека тежак задатак када је у питању дефинисање садржине стандарда дужности пажње у српском праву. Дужност пажње, укључујући и правило пословне процене осим по високом степену апстракције спорни су и у контексту односа са традиционалним начелима облигационог права који деценијама постоје у српском праву. У том смислу када је уведена дужност пажње и правило пословне процене поставило се питање у којој мери су стандарди садржани у овим правилима одступили од општих правила, што може бити спорно судијама приликом одлучивања о имовинској одговорности у сфери компанијског права.<sup>579</sup>

Када је у питању дужност лојалности, на основу ЗПД није спорно да је садржина ове дужности конкретнија у односу на садржину дужности пажње. У овом случају доступна судска пракса се углавном бавила пословима у којима постоји лични интерес, а у којима се нису јавила значајнија спорна питања. Међутим, на примерима осталих дужности лојалности може се уочити у којој мери је резонување суда значајно за примену, па чак и фактичко постојање посебних дужности према друштву. Наиме, предмет једног судског поступка који је још увек у току је повреда

---

<sup>577</sup> Пресуда Врховног касационог суда Прев – 132/2015, Пзп – 1/2015 од 17.09.2015. године.

<sup>578</sup> Решење Привредног апелационог суда Пж – 8707/12 од 21.01.2014. године.

<sup>579</sup> Мирко Васиљевић, „Грађанско право и business judgement rule“, у: Вук Радовић (ур.) *Усклађивање пословног права Србије са правом Европске Уније*, Правни факултет Универзитета у Београду 2011, 41.

дужности забране конкуренције. У конкретном случају директор друштва, који је имао обавезу да поштује дужност забране конкуренције две године након престанка својства у друштву, убрзо након престанка функције почео је са *фактичким* ангажовањем у конкурентном друштву. У овом случају тужени је био свестан да би оснивањем друштва са истом делатношћу повредио дужност забране конкуренције, те се досетио да примену дужности заобиђе на следећи начин. За време док је обављао функцију у друштву са једним од запослених је постигао договор да оснују конкурентно друштво у коме би запослени био једини члан и директор друштва, али би све руководеће послове фактички обављао тужени, што се на крају догодило. Током парничног поступка који је покренут против туженог због повреде дужности забране конкуренције појавило се низ спорних чињеничних и правних питања, а међу којима се издваја околност да је суд на припремном рочишту одбио доказни предлог тужиоца који се односио на саслушање сведока – запослених у конкурентном привредном друштву, који су требали да сведоче на околност ангажовања туженог у конкурентном друштву, са образложењем да је реч о привредном спору у којем се доказивање по правилу заснива на писаним доказима. На изложеном примеру може се уочити да суд није разумео природу посебне дужности која представља основ спора, а посебно озбиљне последице које могу настати оваквим поступање суда. Наиме, у конкретном случају имајући у виду да директор није оставио писани траг кршења дужности (што би требало да буде случај у већини таквих ситуација) суд је фактички онемогућио тужиоца да докаже постојање повреде изјавама сведока и самим тим успоставио праксу да фактичко ангажовање у конкурентном друштву не представља повреду дужности забране конкуренције, јер се не може доказати.

На крају, потребно је указати да у већини права деривативна тужба и посебне дужности се сматрају као две функционално повезане целине, односно као материјални и процесни основ одговорности управе друштва (и других лица на које се односе посебне дужности). Све до 2012. године објективни домен примене деривативне тужбе у српском праву чиниле су само посебне дужности према друштву. Имајући у виду изложене проблеме у функционисању посебних дужности према друштву, чак и у поступцима по директним тужбама, могуће је да је изостанак деривативних тужби у судској пракси последица управо потешкоћа које су се везивале за примену посебних дужности према друштву, а не за саму природу

деривативне тужбе. Другим речима, одсуство подстицаја за подношење деривативне тужбе се можда није заснивало на условима за подношење тужбе, већ разлозима због којих је било могуће поднети тужбу – повреда посебних дужности према друштву. Да ли се одсуство деривативних тужби у српском праву може приписати проблемима у функционисању посебних дужности биће могуће утврдити у неком наредном периоду, с обзиром на чињеницу да је објективни домен примене деривативне тужбе тек од недавно проширен и на друге институте компанијског права, који нису у тој мери спорни за примену као што је случај са посебним дужностима.

## 2.2. Ограничења плаћања

Доношењем ЗПД из 2011. године објективни домен примене деривативне тужбе у српском праву проширен је и на институт ограничења плаћања акционарима. Суштина института објашњава се самим називом,<sup>580</sup> а то је да постоје одређене околности у којима није дозвољено да друштво врши плаћања својим члановима.

Прве идеје о ограничењима плаћања акционарима настале су још у 17. веку, када су компаније у својим актима прописивале да се дивиденда може исплаћивати само из профита.<sup>581</sup> Након тога први закони који су садржали слично ограничење плаћања донети су у 19. веку.<sup>582</sup> Традиционално оправдање овог института везује се за заштиту поверилаца, међутим са променом схватања о сврси привредног друштва, дошло је до промене и схватања о ограничењима плаћања, па се сматра да овај институт има за циљ да заштити шири круг интереса.<sup>583</sup> Легитимитет постојања ограничења плаћања данас није споран, али се тежи да ограничења плаћања буду дефинисана на начин да се члановима друштва омогући да реализују своју меру интереса у друштву, а да то не буде на штету свих осталих интереса у друштву.

---

<sup>580</sup> В. Радовић у: Мирко Васиљевић, Вук Радовић, Татјана Јевремовић Петровић, *Компанијско право Европске уније*, Правни факултет Универзитета у Београду 2014, 145.

<sup>581</sup> Donald Kehl, „The Origin and Early Development of American Dividend Law“, *Harvard Law Review* Vol. 53, No. 1 1939, 39.

<sup>582</sup> *Ibid.*, 55.

<sup>583</sup> Philip McGough, „Statutory Limits on a Corporation's Right to Make Distributions to Shareholders: The Law Distribution in the 1984 Revised Model Business Corporation Act“, *Akron Law Review* Vol. 21, No. 1 1987, 29.

Уколико се посматрају ограничења плаћања у упоредном праву може се закључити да овај институт чине два битна елемента. Први елемент се односи на појам плаћања које је обухваћено ограничењем, а други елемент се односи на дефинисање околности у којима није дозвољено вршити претходно дефинисана плаћања.

У односу на први елемент, англосаксонско право под појмом плаћања члану друштва по правилу подразумева само исплату која се врши на основу чланства у друштву. Другим речима, исплата треба да има статусно правни, а не облигационо правни основ.<sup>584</sup>

У односу на други елемент, англосаксонско право је током времена формулисало различите приступе помоћу којих се утврђује да ли је конкретно плаћање члановима дозвољено. У америчкој теорији су препозната четири приступа формулисању ограничења плаћања, а то су:<sup>585</sup>

- (i) Минималистички приступ, сходно којем је исплата недозвољена уколико је компанија инсолвентна или би услед исплате дошла у стање инсолвентности,
- (ii) Традиционални приступ, сходно којем је исплата ограничена на профит који је компанија остварила,
- (iii) Модеран приступ, сходно којем је исплата ограничена на износ профита увећан за одређени део износа унетог капитала од стране чланова и
- (iv) Приступ који се заснива на финансијским тестовима (који се назива Калифорнија приступ, с обзиром на то да је настао у праву поменуте државе).

МВСА предвиђа два теста за примену правила о ограничењима плаћања, који истовремено представљају кумулативне услове чије постојање представља основ забране исплате акционарима – *Equity Insolvency Test* и *Balance Sheet Test*. Сходно првом тесту, исплата акционарима је забрањена уколико због исплате компанија

---

<sup>584</sup> James E. Tucker, „Director and Shareholder Liability for Massachusetts Corporations' Distributions to Shareholders: A Suggestion for Change in Standards of Director Liability“, *New England Law Review* Vol. 28 1994, 1028.

<sup>585</sup> P. McGough, 29-30.

неће бити у могућности да измири своје обавезе које буду доспеле у складу са уобичајеним током пословања.<sup>586</sup> Сходно другом тесту, исплата акционарима је забрањена уколико је укупна имовина компаније мања од вредности свих обавеза и износа који би морао да се исплати имаоцима преференцијалних акција, а све под претпоставком да се ликвидација компаније спроводи на дан исплате.<sup>587</sup>

Ограничења плаћања су била регулисана прописима Европске уније и то Другом директивом која уређује капитал акционарског друштва.<sup>588</sup> Ова материја тренутно је регулисана обједињеном Директивом о одређеним аспектима компанијског права (2017/1132) од 14.06.2017. године. Директива садржи две групе правила о ограничењима плаћања, права група се односи на ограничења плаћања која постоје уколико се исплата врши након завршетка пословне године, а друга група правила се односи на ограничења плаћања која се врше у току пословне године.<sup>589</sup>

У српском праву ограничења плаћања акционарима регулисана су чл. 275 ЗПД којим је прописано да друштво не може вршити плаћања акционарима: (i) ако је према последњим годишњим финансијским извештајима нето имовина друштва мања, или би услед такве исплате постала мања, од уплаћеног основног капитала увећаног за резерве које је друштво у обавези да одржава у складу са законом или статутом, ако такве резерве постоје, осим у случају смањења основног капитала, те уколико су испуњени наведени услови и (ii) укупан износ исплата акционарима за пословну годину не може бити већи од добити на крају те пословне године, увећане за нераспоређену добит из претходних периода и износе резерви предвиђених за расподелу акционарима, а умањене за непокривене губитке из претходних периода и износе резерви које је друштво у обавези да одржава у складу са законом или статутом, ако такве резерве постоје. Дакле, ЗПД ограничава како могућност вршења плаћања члановима друштва, тако и укупан износ средства који може бити исплаћен. Могућност плаћања зависи од дефинисаног теста који се заснива на билансу стања, док укупан износ који може бити исплаћен утврђује се на основу

---

<sup>586</sup> МВСА, § 6.40 (c).

<sup>587</sup> МВСА, § 6.40 (c).

<sup>588</sup> В. Радовић у: М. Васиљевић, В. Радовић, Т. Јевремовић Петровић, 129-130.

<sup>589</sup> *Ibid.*, 146-147. Директива о одређеним аспектима компанијског права (2017/1132), чл. 56-57.

теста биланса успеха.<sup>590</sup> Поред плаћања која се врше након завршетка пословне године ЗПД прописује и услове за вршење плаћања током пословне године (међудивиденда), који су у основи исти као и услови који се односе на плаћања након завршетка пословне године.<sup>591</sup>

Правила о ограничењима плаћања акционарима из чл. 275 примењују се и на исплате члановима друштва са ограниченом одговорношћу, али је ЗПД различито уредио последице повреде правила о ограничењима плаћања у односу на ове две форме друштава. Наиме, ЗПД као последицу повреде правила о ограничењима плаћања код акционарских друштва прописује само одговорност несавесног акционара који је уплату примио, док не прописује одговорност чланова управе.<sup>592</sup> Са друге стране, у случају друштва са ограниченом одговорношћу ЗПД, поред одговорности чланова друштва који су примили уплату, прописује и одговорност управе друштва, као и чланова који су одобрили исплату.<sup>593</sup> У оба случаја ЗПД као једину санкцију за повреду правила о ограничењима плаћања прописује повраћај примљеног износа, док не говори о праву на накнаду штете, те би се о овом захтеву морало решавати сходно општим правилима облигационог права.

Такође, може се рећи кључна разлика у дефинисаним последицама повреде правила о ограничењима плаћања у односу на ове две форме друштава се односи на могућност подношења деривативне тужбе, коју ЗПД дозвољава само у случају када су ограничења плаћања прекршена код акционарског друштва.

Наиме, чл. 475 ст. 6 ЗПД је прописано да тужбу због кршења правила о ограничењима плаћања може поднети, осим друштва и сваки акционар који испуњава услове из чл. 79 закона, односно услове за подношење деривативне тужбе. Дакле, у случају акционарског друштва јасно је да повраћај плаћеног износа од

---

<sup>590</sup> Полазећи од наведених ограничења плаћања у пракси се поставило неколико спорних питања у вези функционисања овог института, а међу којим се издваја питање да ли се ограничења плаћања односе само на исплате по статусном основу или се односе на све врсте плаћања (осим исплате зараде), без обзира да ли плаћање има статусни или облигационо правни основ. Имајући у виду да закон није прецизно дефинисао ово питање, систематским тумачењем ЗПД могло би се доћи до закључка да се чл. 275 односи само на плаћања која имају статусно правну природу, јер се налази у оквиру дела закона који уређује статусно правни однос друштва и акционара и то одмах након одредби које регулишу право акционара на исплату дивиденде. Овај закључак не важи у односу на друштво са ограниченом одговорношћу. Вид. ЗПД, чл. 182.

<sup>591</sup> ЗПД, чл. 273.

<sup>592</sup> ЗПД, чл. 275 ст. 4.

<sup>593</sup> ЗПД, чл. 185.

несавесног акционара може да захтева друштво у форми индивидуалне тужбе или акционар у форми деривативне тужбе. Са друге стране чл. 184 ст. 1 ЗПД, којим су регулисана ограничења плаћања код друштва са ограниченом одговорношћу, прописује да се само одредбе чл. 275 ст. 1-4 ЗПД, примењују и на друштво са ограниченом одговорношћу. Дакле, одредбе чл. 275 ст. 5 и 6 ЗПД, којима је за акционарска друштва прописан посебан рок застарелости за истицање захтева и могућност подношења деривативне тужбе, изостављени су из сходне примене на друштво са ограниченом одговорношћу, а на основу чега се јасно закључује да деривативна тужба ради повраћаја износа због кршења правила о ограничењима плаћања није дозвољена код ове форме друштава, већ само код акционарског друштва. Овакав приступ ЗПД је у сагласности да идејом да се последице кршења ограничења плаћања другачије уреде код друштва са ограниченом одговорношћу, у односу на акционарска друштва.

На крају, потребно је напоменути да српско право није једино право које дозвољава подношење деривативне тужбе због кршења правила о ограничењима плаћања. Међутим, оно по чему се српско право разликује од, на пример, израелског права које такође дозвољава подношење деривативне тужбе због повреде правила о ограничењима плаћања, јесте да српско право овлашћење на подношење деривативне тужбе у овом случају даје члановима друштва, док израелско право то овлашћење даје повериоцима друштва.<sup>594</sup>

Имајући у виду све претходно наведено, може се поставити питање да ли је српски законодавац правилно оценио потребе праксе када је право на подношење деривативне тужбе због повреде правила о ограничењима плаћања дао акционарима. У случају акционарских друштава за доношење одлуке о покретању поступка по директној тужби, између осталог и због повреде правила о ограничењима плаћања, надлежна је управа друштва, а како управа друштва не спада у круг одговорних лица, на први поглед стиче се утисак да није било потребе да се као додатни вид заштите правила о ограничењима плаћања успостави право акционара на подношење деривативне тужбе. Такође, с обзиром на околност да су акционари једина пасивно легитимисана лица, поставља се питање у којим околностима би акционар имао мотив да поднесе тужбу против других акционара, нарочито када је

---

<sup>594</sup> Компанијски закон Израела, чл. 204, доступно на адреси: <http://www.icnl.org/research/library/files/Israel/CompaniesLaw.pdf>.



исплата извршена свим члановима друштва. Право чланова друштва на подношење деривативне тужбе због повреде правила о ограничења плаћања код акционарских друштава имало би оправдање уколико би управа друштва спадала у круг пасивно легитимисаних лица, као што је то случај са друштвом са ограниченом одговорношћу. Међутим, уколико су акционари једина лица која могу бити тужена због повреде правила о ограничењима плаћања тада управа или повериоци друштва имају већи интерес за подношење тужбе, у односу на акционаре. У постојећим околностима једини *ratio* за давање права члановима друштва на подношење деривативне тужбе јесте претпоставка да управа друштва неће покренути поступак против лица (акционара) који могу да утичу на положај управе доношењем одлуке о разрешењу.

### 2.3. Искључење члана друштва са ограниченом одговорношћу судском одлуком

Изменама ЗПД из 2018. године објективни домен примене деривативне тужбе је проширен и на искључење члана друштва са ограниченом одговорношћу судском одлуком. Ова измена закона може позитивно утицати на перцепцију деривативне тужбе у пословној пракси, јер су тужбе ради искључења члана друштва са ограниченом одговорношћу заступљеније у односу на тужбе због повреде посебних дужности према друштву или повреде правила о ограничењима плаћања, из ког разлога је тешко утврдити да ли је одсуство деривативних тужби последица природе саме тужбе или њеног објективног домена примене. Имајући у виду наведено потребно је указати да је и пре последњих измена ЗПД, предмет деривативне тужбе могло бити искључење члана из друштва, у случају повреде посебних дужности чувања пословне тајне и забране конкуренције.<sup>595</sup> Ову чињеницу је потребно посебно нагласити, јер ЗПД у зависности од правног основа искључења члана (повреда посебних дужности према друштву или опште одредбе о искључењу члана друштва са ограниченом одговорношћу) тренутно прописује различите рокове за одлучивање о претходном захтеву и подношење директне тужбе суду. Отуда, дефинисање правног основа деривативне тужбе која се односи на искључење члана друштва са ограниченом одговорношћу може утицати и на оцену дозвољености деривативне тужбе, у контексту испуњености законом прописаних услова за

---

<sup>595</sup> ЗПД, чл. 74, 76.

подношење тужбе, о чему ће посебно бити речи у оквиру процесно правне анализе деривативне тужбе.

Искључење представља један од законом предвиђених правних основа престанка својства члана друштва са ограниченом одговорношћу,<sup>596</sup> који одражава специфичну правну природу друштва са ограниченом одговорношћу. Наиме, друштво са ограниченом одговорношћу се често карактерише као симбиоза карактеристика друштва капитала и друштва лица, а институт искључења члана из друштва наглашава карактеристике друштва лица које постоје код друштва са ограниченом одговорношћу.<sup>597</sup> ЗПД тренутно познаје двојност основа и поступака за искључење члана из друштва са ограниченом одговорношћу.<sup>598</sup> Први основ представља неизвршење обавезе уношења, односно уплате улога у друштво или обавезе додатне уплате, у ком случају се члан искључује из друштва одлуком скупштине друштва, без накнаде вредности удела.<sup>599</sup> Други основ представља искључење члана из разлога предвиђених оснивачким актом или других оправданих разлога, у ком случају се члан искључује из друштва одлуком суда, уз обавезу друштва да искљученом члану, у складу са ЗПД, исплати вредност његовог удела.<sup>600</sup> Систем двојности основа и поступака за искључење члана друштва са ограниченом одговорношћу у српском праву је први пут уведен Трговачким закоником из 1937. године (који никада није почео са применом), а затим тек ЗПД из 2011. године.<sup>601</sup> У међувремену српско право је прихватало концепт јединствености поступка за искључење члана из друштва са ограниченом одговорношћу, те је ЗП 1996 прописивао само могућност искључења члана одлуком друштва, док је ЗПД 2004 прописивао само могућност искључења одлуком суда.<sup>602</sup>

ЗПД у чл. 196 ст. 1 прописује да друштво може тужбом коју подноси надлежном суду захтевати искључење члана друштва, из разлога одређених оснивачким актом или из других оправданих разлога, а нарочито ако члан друштва:

- 1) намерно или грубом непажњом проузрокује штету друштву, 2) не извршава

---

<sup>596</sup> ЗПД, чл. 196.

<sup>597</sup> Jakša Barbić, *Pravo društava, knjiga druga, Društva kapitala*, Organizator Zagreb 2007<sup>4</sup>, 1141.

<sup>598</sup> Стеван Шогоров, „Разлози искључења члана из друштва с ограниченом одговорношћу одлуком суда“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2012, 65.

<sup>599</sup> *Ibid.*, 64; ЗПД, чл. 179 ст. 5, 195.

<sup>600</sup> *Ibid.*; ЗПД, чл. 196.

<sup>601</sup> С. Шогоров, 65.

<sup>602</sup> *Ibid.*

посебне дужности према друштву прописане овим законом или оснивачким актом, 3) својим радњама или пропуштањем, противно оснивачком акту, закону или добрим пословним обичајима, спречава или у значајној мери отежава пословање друштва. Имајући и виду дефинисане разлоге за искључење члана из друштва, потребно је указати да у теорији постоји схватање да разлози за искључење који су прописани оснивачким актима не морају имати својство „оправданог разлога“, које својство морају имати разлози који нису изричито прописани оснивачким актом.<sup>603</sup> Изнето схватање се темељи на чињеници да разлог за искључење не може бити садржан у оснивачком акту друштва без сагласности члана друштва било приликом оснивања друштва или накнадних измена оснивачког акта.<sup>604</sup> Дакле, суд има овлашћење да испитује критеријум „оправданости“ само уколико се тужба за искључење заснива на разлогу који није прописан оснивачким актом друштва, јер тада не постоји сагласност чланова о оправданости разлога за искључење.

ЗПД прописује да одлуку о подношењу тужбе за искључење доноси скупштина друштва, међутим уколико на захтев члана који поседује удео који представља најмање 5% основног капитала друштва, скупштина у року од два месеца од дана подношења захтева не одлучи о захтеву за подношење тужбе или одбије захтев или се тужба не поднесе у року од 30 дана од дана доношења одлуке о подношењу тужбе, члан који је поднео захтев има право, да у накнадном року од 30 дана, поднесе тужбу суду у своје име, а за рачун друштва, чиме је деривативна тужба неспорно уведена и у односу на овај институт друштва са ограниченом одговорношћу.

Потребно је указати да српско право није једино које прописује могућност подношења деривативне тужбе ради искључења члана из друштва са ограниченом одговорношћу, те сличну могућност познаје и хрватско право.<sup>605</sup>

У образложењу Закона о изменама и допунама ЗПД је наведено да „се

---

<sup>603</sup> *Ibid.*, 70.

<sup>604</sup> ЗПД, чл. 11, 142.

<sup>605</sup> Slađana Aras Kramar, *Postupak pred trgovačkim sudovima, trgovački statusni parnični postupci*, Zagreb 2014, 39. Хрватско право на исти начин као и српско познаје двојност основа за искључење члана друштва са ограниченом одговорношћу, али за разлику од српског права члан може бити искључен одлуком друштва и из других разлога, не само због неуношења улога у друштво, уколико је та могућност предвиђена оснивачким актом. Са друге стране, уколико оснивачки акт не предвиђа могућност искључења члана, друштво или члан друштва могу тужбом захтевати искључење члана због постојања важног разлога. Вид. J. Barbić, 1145-1147.

интервенише у чл. 196. Закона којим се уређује питање искључења члана одлуком суда, са циљем прецизирања одредаба наведеног члана и његовог усаглашавања са другим законским одредбама, нарочито у погледу рокова прописаних чл. 77. и 79. Закона“,<sup>606</sup> али није наведено шта је представљао *ratio legis* за увођење деривативне тужбе код овог института друштва са ограниченом одговорношћу. Без обзира на конкретан разлог због којег је уведена могућност подношења деривативне тужбе ради искључења члана друштва са ограниченом одговорношћу, посматрано са практичног аспекта и значаја који овај институт има у решавању сукоба између чланова друштва, увођење деривативне тужбе ради искључења члана друштва са ограниченом одговорношћу би требало да има позитивне резултате.

У претходном периоду када је одлуку о подношењу тужбе могло донети само друштво постојали су одређени проблеми у односу на одлуку скупштине о покретању судског поступка. Наиме, судови су постојање одлуке скупштине друштва о подношењу тужбе ради искључења члана квалификовали као процесну претпоставку.<sup>607</sup> У том смислу уколико таква одлука скупштине не постоји судови би тужбу ради искључења одбацили. У контексту постојања адекватне одлуке скупштине, у судској пракси је постојао спор и око потребне садржине одлуке скупштине о покретању судског поступка, те судови нису били сагласни око питања у којој мери разлог за доношење одлуке и самим тим искључење члана из друштва са ограниченом одговорношћу мора бити образложен. Са једне стране постојао је став да одлука скупштине не мора да садржи детаљно образложење разлога за доношење одлуке и искључење члана из друштва, односно чак ни да сам разлог за искључење не мора бити наведен, јер ће ова питања свакако бити предмет судског

---

<sup>606</sup> Текст Предлога Закона о изменама и допунама Закона о привредним друштвима доступан на адреси: [http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/lat/pdf/predlozi\\_zakona/1319-18%20lat.pdf](http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/lat/pdf/predlozi_zakona/1319-18%20lat.pdf).

<sup>607</sup> „Одлука скупштине о подношењу тужбе је посебна процесна претпоставка - услов за дозвољеност тужбе, а не питање активне легитимације, које се не може ни поставити, јер је у овим споровима увек и само активно легитимисано друштво, а пасивно легитимисан члан чије се искључење тражи. Без одлуке скупштине парнице о искључењу (достављања тужбе туженом члану) не би смело ни бити. У недостатку изричите законске одредбе, одлуку скупштине о подношењу тужбе (коју подноси заступник друштва у име друштва) треба третирати као законом прописано овлашћење заступника да покрене парницу, у смислу члана 293. и члана 80. Закона о парничном поступку, па би изостанак такве одлуке скупштине, донете пре подношења тужбе, водио одбацивању тужбе у смислу члана 80. став 5. Закона о парничном поступку.“ Вид. Одговори на питања привредних судова који су утврђени на седници Одељења за привредне спорове Привредног апелационог суда одржаној дана 26.11.2014. и 27.11.2014. године и на седници Одељења за привредне преступе и управно-рачунске спорове одржаној дана 03.12.2014. године – Судска пракса привредних судова – Билтен бр. 4/2014.

поступка.<sup>608</sup> Са друге стране постајала су мишљења да „одлука о искључењу мора да садржи конкретан разлог искључења који је као такав предвиђен законом, уговором или општим актом, односно статутом,“ што указује да детаљно образложење разлога ипак није било неопходно.<sup>609</sup> Међутим, оно што је у пракси остало нејасно јесте да ли у случају када постоји одлука скупштине о покретању судског поступка ради искључења члана, али у њој није наведен разлог за искључење или није довољно образложен, тужбу треба одбацити, јер се судови нису директно бавили овим питањем. Чини се да би одговор на постављено питање био негативан, јер је већински став судова био да у околностима када разлози за искључење нису наведени или довољно образложени у одлуци скупштине тужилац током поступка мора да докаже постојање и основаност разлога за искључење.<sup>610</sup> Овај приступ има оправдање уколико се прихвати тумачење да је основна сврха постојања одлуке скупштине изражавање воље већине чланова друштва да се одређени члан искључи из друштва, а да ли је та воља у складу са законом и актима друштва, то би суд свакако утврђивао током поступка, све и да је разлог за искључење наведен и детаљно образложен у одлуци. У овом случају, питање је могло да иде и у правцу

---

<sup>608</sup> „Предуслов за подношење тужбе за искључење члана друштва представља одлука, коју доноси скупштина, већином гласова присутних чланова, осим уколико је оснивачким актом одређена већа већина. Овом одлуком скупштине се, за разлику од одлуке скупштине из члана 195 Закона о привредним друштвима не одлучује о статусу члана друштва, већ о подношењу тужбе за искључење члана друштва пред надлежним судом. Иако би расправљање на скупштини, које претходи одлуци, подразумевало и расправљање о разлозима за такво поступање (узроци искључења), у самој одлуци о подношењу тужбе за искључење, такви разлози не морају бити изричито наведени. У том смислу одлука скупштине представља процесну претпоставку за вођење парничног поступка по тужби коју подноси заступник друштва у име друштва, а о основаности разлога за искључење, који су били повод доношења одлуке о подношењу тужбе за искључење, ће се расправљати и одлучивати у парничном поступку.“ Вид. Одговори на питања привредних судова који су утврђени на седници Одељења за привредне спорове Привредног апелационог суда одржаној дана 03.11.2015., 04.11.2015. и 26.11.2015. године и на седници Одељења за привредне преступе и управно-рачунске спорове одржаној дана 30.11.2015. године – Судска пракса привредних судова – Билтен бр. 4/2015.

<sup>609</sup> Пресуда Привредног апелационог суда Пж – 3533/2014 од 23.4.2015. године.

<sup>610</sup> Тако је у пресуди Привредног апелационог суда Пж – 3533/2014 од 23.4.2015. године, у којој је суд изнео став да одлука скупштине мора садржати разлоге за искључење наведено да: „Тужилац је код тужбе којом је тражио искључење туженог као члана друштва морао да наведе тачно одређене радње за које сматра да као такве представљају намерну или грубу непажњу којом се проузрокује штета друштву, односно да наведе дужности које је тужени имао према друштву, а које није извршавао и радње или пропуштања које су спречиле или знатно отежале пословање друштва. Међутим, такве разлоге тужилац ни у својој одлуци коју је донео на седници скупштине 14.02.2013. године ни у тужби није изнео. Стога није доказао да постоје услови за искључење туженог као члана друштва.“

расправе да ли се одлука скупштине може сматрати пуноважном, уколико у њој није наведен или довољно образложен разлог за искључење. Имајући у виду да се пуноважност одлуке скупштине може оспорити само у поступку за поништање, изводи се закључак да суд приликом претходног испитивања тужбе не би смео самостално да улази у оцену пуноважности одлуке скупштине.

Поред наведених проблема, доношење одлуке скупштине друштва о покретању судског поступка ради искључења члана друштва било је праћено и уобичајеним проблемима који се односе на поступак сазивања и одржавања седнице скупштине друштва и самим тим могућност утицаја туженог на поступак доношења одлуке од стране суда. Такође, било је могуће да тужени поднесе тужбу за поништај одлуке скупштине друштва о покретању поступка ради искључења члана, што је морало довести до прекида поступка по тужби за искључење, због претходно изнетог схватања судова да је постојање одлуке скупштине процесна претпоставка за подношење тужбе ради искључења члана, а што је био веома једноставан механизам за опструирање поступка по тужби за искључење. Међутим, поред могућности опструирања судског поступка ради искључења члана, још значајније последице наступају уколико је тужба за поништај одлуке скупштине друштва основана, јер тада више не постоји процесна претпоставка за вођење поступка ради искључења члана, што би требало да доведе до одбацивања тужбе.

Дакле, на основу свега наведеног може се закључити да је функционисање тужбе ради искључења члана из друштва са ограниченом одговорношћу, која се подносила на основу одлуке скупштине друштва, било праћено значајним проблемима у пракси, из ког разлога би давање овлашћења појединачном члану друштва на подношење деривативне тужбе по истом основу требало да има позитивне резултате. Позитивни резултати би најпре требало да се састоје у елиминисању свих процесних проблема који су постојали због потребе доношења одлуке скупштине друштва као услова за подношење тужбе. Ипак, постојећа одредба чл. 196 ст. 6 ЗПД ствараће одређене недоумице у пракси, нарочито у погледу начина подношења претходног захтева скупштини друштва, о чему ће бити речи у наредним излагањима.

На крају, потребно је указати да проширивање објективног домена примене деривативне тужбе и на тужбу ради искључења члана друштва са ограниченом одговорношћу у пракси може довести до одређених спорних питања. Најпре, може

бити спорно да ли би тужба ради искључења члана могла бити поднета у форми деривативне тужбе и у односу на основ који је настао пре ступања на снагу измена ЗПД. Поред наведеног, спорно је да ли би се у овом случају рокови за подношење деривативне тужбе рачунали према претходном закону (што није прихватљиво, јер тада закон није познавао могућност подношења деривативне тужбе у односу на овај основ) или тренутно важећем чл. 196 ЗПД. Слична дилема у пракси је постојала пре неколико година у односу на рок за подношење тужбе ради пробијања правне личности. Наиме, ЗПД 2004 није прописивао посебан рок за подношење ове тужбе,<sup>611</sup> док је ЗПД из 2011. године прописао преклузивни рок од шест месеци (субјективни рок) и пет година (објективни рок).<sup>612</sup> У једном случају поднета је тужба ради пробијања правне личности, код које је чињенични основ тужбе настао за време важења ЗПД 2004, али је тужба поднета након ступања на снагу ЗПД из 2011. године. У овом случају суд је одбацио тужбу са образложењем да је протекао рок за подношење тужбе из ЗПД који је донет 2011. године. Наиме, суд је навео да одредбе ЗПД о роковима за подношење тужбе имају процесну природу, из ког разлога се примењују правила која важе у тренутку подношења тужбе. На тај начин суд је дошао до закључка да тужба није поднета у законом прописаном року, јер је била поднета по протеклу субјективног рока од шест месеци. Водећи се овом логиком суда, деривативна тужба ради искључења члана из друштва са ограниченом одговорношћу би била дозвољена уколико је поднета у року који прописује тренутно важећи ЗПД, чак и у односу на основ за подношење деривативне тужбе који је настао када није било могуће поднети деривативну тужбу. У случају деривативне тужбе ради искључења члана, осим у погледу нове форме тужбе, измене закона су повољне за тужиоце, јер је продужен објективни рок за подношење тужбе са три на пет година.<sup>613</sup> Међутим, потребно је указати да је изнето тумачење суда по питању рокова за подношење тужбе у великој мери спорно, а што се може закључити на основу поменутог примера тужбе ради пробијања правне личности. Наиме, у датом случају субјективни рок за подношење тужбе је фактички протекао већ тренутком ступања на снагу ЗПД из 2011. године, из ког разлога није било могуће тужбу поднети у законом прописаном року. Овај пример указује да је ЗПД у

---

<sup>611</sup> ЗПД 2004, чл. 15.

<sup>612</sup> ЗПД, чл. 18.

<sup>613</sup> ЗПД, чл. 196.

завршним и прелазним одредбама требало посебно да уреди питање временског важења закона, посебно у односу на одредбе којима се мењају рокови и уопште могућност подношења тужбе, што се односи на актуелно питање о могућности подношења деривативне тужбе ради искључења члана у односу на раније основе, јер се у супротном може доћи до неправичних исхода. Поред наведеног, тумачење суда је додатно спорно, јер ретроактивно дејство нових рокова за подношење тужбе на већ настале ситуације фактички има једнако дејство као да се у постојећим парничним поступцима примењују нова правила поступка која ступе на снагу након подношења тужбе, а која би довела до лишавања правног дејства одређених процесних радњи, што је у теорији оцењено као неприхватљиво, из ког разлога је формирано правило о тренутном, уместо ретроактивном дејству процесних норми.<sup>614</sup> У одсуству посебне регулативе, идентичну правну логику би требало применити и у односу на рокове за подношење тужбе прописане у материјално правним законима, односно нове рокове би требало применити само на животне ситуације које су настале по ступању на снагу нових одредби закона о роковима за подношење тужбе.<sup>615</sup> Како рокове прописане тренутно важећим чл. 196 ЗПД не би требало применити на раније настале основе (пре ступања на снагу измена закона), долази се до закључка да примена деривативне тужбе у односу на ове основе не би била дозвољена.

#### 2.4. Друге одредбе ЗПД

У уводом делу излагања о објективном домену примене деривативне тужбе, наведено је да поред повреде посебних дужности према привредном друштву, правила о ограничењима плаћања акционарима и искључења члана друштва са ограниченом одговорношћу одлуком суда, ЗПД садржи још две одредбе којима се прописује право члана друштва који поседује 5% удела у основном капиталу друштва да поднесе тужбу којом се штите права друштва.

Прва одредба садржана је у чл. 49 ЗПД којим се регулише одговорност чланова друштва за обавезе у вези са улогом након преноса удела/акција у друштву.

---

<sup>614</sup> Б. Познић, В. Ракић Водинелић, 75.

<sup>615</sup> За слично схватање вид. Александар Јакшић, *Грађанско процесно право*, Правни факултет Универзитета у Београду 2010<sup>5</sup>, 103.



Наиме, чл. 49 ст. 1 ЗПД је прописано да у случају преноса удела, односно акција, преносилац и стицалац одговорни су солидарно према друштву за обавезе преносиоца у вези са улогом настале до тог преноса, у складу са одредбама овог закона за сваку поједину форму друштва. У овом случају реч је о обавези уношења улога у друштво, како на основу оснивачког акта, тако и на основу одлуке о повећању основног капитала друштва или одлуке о уношењу додатних уплата. У погледу начина остварења права друштва поводом неиспуњења обавезе члана у вези са улогом настале до тог преноса, ст. 2 истог члана ЗПД прописује да тужбу ради остварења права друштва, поред друштва могу поднети и чланови друштва који поседују или представљају најмање 5% основног капитала друштва.

Друга одредба садржана је у чл. 472 ст.1 ЗПД којим су прописане правне последице повреде правила о стицању или располагању имовине велике вредности.<sup>616</sup> Имовину велике вредности у смислу ЗПД представља имовина друштва чија набавна и/или продајна и/или тржишна вредност у моменту доношења одлуке о располагању представља 30% или више од књиговодствене вредности укупне имовине друштва исказане у последњем годишњем билансу стања.<sup>617</sup> Стицање или располагање имовином велике вредности мора бити одобрено одлуком скупштине друштва која је донета  $\frac{3}{4}$  већином гласова присутних акционара, уколико ове радње не спадају у домен редовног пословања, што представља кључну особеност правног режима имовине велике вредности у српском праву.<sup>618</sup> Уколико није прибављено одобрење за стицање или располагање имовином велике вредности у складу са законом, ЗПД у чл. 472. ст. 1 прописује да друштво и акционар који поседује или представља најмање 5% основног капитала друштва може поднети тужбу за поништај правног посла или правне радње стицања, односно располагања имовином велике вредности, под условом да је поседовао или представљао најмање 5% основног капитала друштва на дан закључења тог правног посла, односно правне радње. Такође, чл. 472 ст. 4 ЗПД је прописано да друштво и акционар који поседује или представља најмање 5% основног капитала друштва може поднети

---

<sup>616</sup> О стицању и располагању имовином велике вредности видети: Зоран Арсић, „Стицање и располагање имовином велике вредности акционарског друштва“, у: Мирко Васиљевић, Вук Радовић (ур.), *Корпоративно управљање (други део) – зборник радова*, Правни факултет Универзитета у Београду 2009, 25-29.

<sup>617</sup> ЗПД, чл. 470 ст. 1.

<sup>618</sup> ЗПД, чл. 470 ст. 3, 471.

тужбу за накнаду штете. Правила о стицању или располагању имовином велике вредности се примењују и на друштво са ограниченом одговорношћу, уколико оснивачким актом није другачије прописано.<sup>619</sup>

Имајући у виду наведено, потребно је размотрити да ли тужбе из чл. 49 ст. 2 и чл. 472 ст. 1 и 4 ЗПД представљају пример деривативне тужбе, јер је у оба случаја реч о тужбама којима се штите права друштва, а које подносе чланови друштва који поседују 5% учешћа у основном капиталу друштва, у своје име, а за рачун друштва. Тумачење да је реч о тужбама које чланови друштва поднесе у своје име и за свој рачун није одрживо, јер ЗПД јасно указује да се тужбом штите права друштва, коју поред друштва могу поднети и чланови који поседују захтевани капитал цензус.

Међутим, иако је неспорно реч о тужбама у којима долази до раздвајања стварне и процесне легитимације на страни тужиоца, као што је случај са деривативном тужбом, ипак није реч о деривативној тужби у смислу чл. 79 ЗПД, а што се закључује на основу следећих чињеница.

Чл. 49 ст. 2 и чл. 472 ст. 1 и 4 ЗПД не упућују на чл. 79, на основу чега проистиче да у овим случајевима члан друштва приликом подношења тужбе не мора испунити услове из чл. 79 ЗПД, тачније поднети претходни захтев. За разлику од ових тужби, чл. 275 ст. 6 ЗПД који регулише ограничења плаћања, садржи упућујућу одредбу на чл. 79 ЗПД, на основу чега се јасно закључује да члан друштва пре подношења тужбе друштву мора поднети претходни захтев. Када је реч о деривативној тужби из чл. 196 ЗПД за искључење члана из друштва са ограниченом одговорношћу, овај члан закона не упућује на чл. 79, али да је ипак реч о деривативној тужби закључује се на основу садржине чл. 196 ЗПД који захтева да се члан друштва пре подношења тужбе обрати друштву са захтевом за подношење тужбе.

На основу досадашњих излагања могло се закључити да институт деривативне тужбе не чини само раздвајање стварне и процесне легитимације на страни тужиоца, односно могућност да члан друштва тужбом коју подноси у своје име, а за рачун друштва штити права друштва прописана статусним законом. Поред наведеног, веома битно обележје деривативне тужбе јесте претходни захтев који се подноси друштву. У том погледу само она тужба код (i) које постоји раздвајање стварне и процесне легитимације, (ii) којом члан друштва штити одређено право

---

<sup>619</sup> ЗПД, чл. 473.

друштва и (iii) којој претходи подношење претходног захтева друштву испуњава сва битна обележја деривативне тужбе у српском праву. Дакле, када је реч о српском праву не постоји основ да се свака тужба компанијског права код које постоји раздвајање стварне и процесне легитимације на страни тужиоца сматра деривативном тужбом, већ само она тужба која садржи све битне елементе деривативне тужбе. У крајњем исходу долази се до закључка да у српском праву постоје две врсте тужби компанијског права код којих постоји раздвајање стварне и процесне легитимације – деривативна тужба и тужбе поводом одговорности за обавезе преносиоца удела/акција у вези са улогом и поништаја правног посла или накнаде штете због повреде правила о располагању имовином велике вредности.

На крају, потребно је указати да тужба поводом одговорности за обавезе преносиоца удела/акција из чл. 49 ст. 2 ЗПД и деривативна тужба имају још једну заједничку карактеристику, а то је питање да ли је примена ових тужби дозвољена код друштава лица, с обзиром на околност да закон право на подношење тужбе везује искључиво за поседовање одређеног процента у основном капиталу друштва. У том погледу, закључак који буде изнет у односу на деривативну тужбу може се применити и на тужбу из чл. 49 ст. 2 ЗПД. Са друге стране, тужба из чл. 472 ст. 1 и 4 ЗПД се односи на институт који се примењује само на друштва капитала, те самим тим примена у односу на друштва лица није упитна.

Као закључак може се истаћи да тужбе из чл. 49 став 2 и чл. 472 ст. 1 и 4 ЗПД не представљају деривативне тужбе, већ *sui generis* тужбе чија је битна карактеристика раздвајање процесне и стварне легитимације (чланови друштва тужбу поднесе у своје име, а за рачун друштва).

### **3. Субјективни домен примене деривативне тужбе**

Субјективни домен примене деривативне тужбе одређује која лица могу бити странке у поступку по деривативној тужби (тужилац и тужени).

Субјективни домен примене деривативне тужбе, иако по правилу треба да има већи значај, у основи изводи се из објективног домена примене. Наиме, не би било сврсисходно на апстрактан начин дефинисати круг лица која би требало да буду тужилац и тужени у поступку по деривативној тужби, а да се након тога дефинишу институти компанијског права на које се тужба примењује. За потребе

структурирања домена примене деривативне тужбе најцелисходније је најпре дефинисати објективни домен примене, који потом одређује круг лица која могу бити странке у поступку по деривативној тужби. Извођење субјективног домена примене деривативне тужбе из претходног дефинисаног објективног домена примене је двостепено. Наиме, из објективног домена примене деривативне тужбе се директно изводи круг пасивно легитимисаних лица. Са друге стране, круг активно легитимисаних лица није могуће директно извести из објективног домена примене тужбе, већ објективни домен примене на посредан начин утиче на дефинисање круга активно легитимисаних лица за подношење деривативне тужбе, јер од природе објективног домена примене деривативне тужбе зависи и круг лица која имају највећи легитимитет за подношење тужбе. Дефинисање круга активно легитимисаних лица у поступку по деривативној тужби представља једно од најспорнијих питања која се везују за деривативну тужбу, али уједино и најзначајнијих, јер се обично указује да не постоји област у којој је примена материјалног права у толикој мери зависна од круга лица која имају право на подношење тужбе, као што је то случај са областима компанијског права које спадају у објективни домен примене деривативне тужбе.<sup>620</sup> Да би се дефинисао круг тужилаца код деривативне тужбе, потребно је најпре утврдити круг лица која су по редовном току ствари активно легитимисана за подношење тужбе у име друштва, а затим размотрити која друга лица имају довољну меру интереса за санкционисање одређеног понашања унутар друштва и којима би као изузетак од општих правила требало дати овлашћење на подношење деривативне тужбе.

Поред дефинисања лица која могу бити странке у поступку по деривативној тужби, расправа о субјективном домену деривативне тужбе укључује и два веома значајна питања. Прво питање се односи на то да ли примену деривативне тужбе треба дозволити и код друштава лица и друштава капитала, или само друштава капитала. Друга дилема се односи на примену деривативне тужбе у групама привредних друштава (вишеструка деривација).

---

<sup>620</sup> Richard M. Buxbaum, „Conflict-of-Interests Statutes and the Need for a Demand on Directors in Derivative Actions“, *California Law Review* Vol. 68, No. 6 1980, 1122.

### 3.1. Тужилац код деривативне тужбе

Дефинисање круга лица која би требало да буду овлашћена на подношење деривативне тужбе је веома тежак задатак. Прешироко одређен круг лица која су овлашћена на подношење деривативне тужбе може довести до тога да се деривативна тужба злоупотребљава, у смислу да се подноси чак и када је на први поглед јасно да тужба није основана или потребна, а са друге стране уско дефинисан круг тужилаца може довести до тога да се тужба не примењује довољно. Отуда, дефинисање круга лица која могу поднети деривативну тужбу треба да буде засновано на балансирању поменута два исхода. Тужилац код деривативне тужбе мора бити лице које има одређену меру интереса у друштву, те управо дефинисање тог интереса који се тужбом штити треба да буде кључан приликом утврђивања круга тужилаца код деривативне тужбе. Уобичајено се сматра да довољну меру интереса за подношење деривативне тужбе имају чланови друштва. У овом тренутку, ова констатација само условно може бити прихваћена као тачна, јер како ће бити наведено у наредним излагањима постоје многобројна спорна питања која се односе на овлашћење чланова друштва на подношење деривативне тужбе. Поред чланова друштва, на данашњем ступњу развоја компанијског права јасно је да постоје и други субјекти који имају интерес да друштво добро послује, а самим тим и интерес да се старају о заштити права друштва. У круг ових лица на првом месту спадају повериоци друштва, затим управа друштва, запослени и друштво као целина.

Одлука о томе којим лицима треба дати овлашћење на подношење тужбе зависи од прихваћеног (теоријског) концепта привредног друштва и саме деривативне тужбе. Уколико се сматра да је примарни интерес унутар друштва интерес његових чланова, онда би право на подношење деривативне тужбе требало дати само члановима друштва. Уколико се прихвати концепт више конститутивних интереса унутар друштва, онда би право на подношење тужбе требало дати и другим субјектима. Када је реч о теоријском концепту деривативне тужбе, у овом раду изнет је став да се теоријски концепт деривативне тужбе заснива на два елемента – специфичностима правног субјективитета привредног друштва и концепту чланова као резидуалних поверилаца друштва. У зависности од тога да ли се сматра да су ова два елемента кумулативна или алтернативна, круг тужилаца код

деривативне тужбе биће различит. Наиме, уколико се сматра да су наведена два елемента кумулативна, тужиоци код деривативне тужбе би могли бити само чланови друштва, јер једино ова лица чине саставни део правног субјективитета привредног друштва и имају статус барем резидуалних поверилаца друштва. Потребно је истаћи да када је реч о члановима друштва као тужиоцима код деривативне тужбе, начелно не постоје суштинске дилеме око самог постојања права, већ првенствено дилеме које су функционалне природе, а које су усмерене на успостављање сврсисходног и функционалног модела деривативне тужбе. Међутим, уколико се заузме став да су два наведена елемента алтернативна, односно да је постојање само једног од њих довољно за давање овлашћења на подношење деривативне тужбе, онда је круг лица која могу поднети деривативну тужбу далеко шири. Теорија компанијског права је тренутно највише усмерена на питање да ли повериоцима друштва треба дати право на подношење деривативне тужбе, због чега ће овом питању бити посвећена посебна пажња.

ЗПД усваја концепт кумулације наведена два услова, јер право на подношење деривативне тужбе имају само чланови друштва, који испуњавају законом прописане услове.

### 3.2. Уопштено о могућим тужиоцима код деривативне тужбе – две групе тужилаца

Уколико узмемо у обзир сва лица која потенцијално могу бити тужиоци код деривативне тужбе, можемо их поделити у две основе групе. Прву групу чине лица која потичу из унутрашње сфере привредног друштва, док другу групу чине лица изван правне сфере привредног друштва.

Под појмом унутрашње сфере привредног друштва подразумева се правни субјективитет привредног друштва, те круг лица која потичу из унутрашње сфере привредног друштва чине субјекти који чине саставни део процеса стварања и изражавања воље привредног друштва. Дакле, то су лица од којих потиче правно релевантна воља друштва. Са друге стране, круг лица изван правне сфере привредног друштва чине они према којима је усмерена правно релевантна воља привредног друштва.

Основни разлог због којег је тешко дефинисати круг лица подобних за давање овлашћења на подношење деривативне тужбе јесте тај да у односу на

области компанијског права које чине објективни домен примене, лица која су иначе способна да процене да ли је одређена тужба у интересу друштва, по правилу не могу да изразе непристрасну оцену, јер треба да се нађу на месту туженог или имају заједнички интерес са туженим који интерес их спречава да изразе непристрасну оцену о потреби подношења тужбе.<sup>621</sup>

### *3.2.1. Тужиоци изван сфере привредног друштва*

Полазећи од дефинисаног појма лица која потичу изван правне сфере привредног друштва, у круг потенцијално овлашћених лица за подношење деривативне тужбе спадају запослени и повериоци друштва. Запослени у друштву могу се сматрати и лицима која потичу из унутрашње сфере привредног друштва, међутим имајући у виду да они не могу утицати на формирање одлука друштва, већ по правилу само извршавају одлуке које су донете од стране овлашћених лица, њихов статус је ближи статусу лица која се налазе изван правне сфере привредног друштва. Поред поверилаца и запослених, као потенцијални тужиоци код деривативне тужбе у разматрање могу бити узети и носиоци јавних овлашћења, односно државни органи или агенције које имају надлежност да контролишу пословање привредних друштава.<sup>622</sup>

У овом делу биће речи о томе да ли запосленима и субјектима контроле законитости пословања привредних друштава треба дати овлашћење на подношење деривативне тужбе, док ће о повериоцима као могућим тужиоцима код деривативне тужбе бити речи у наредном излагању.

На самом почетку овог дела анализе потребно је указати да без обзира да ли је реч о запосленима, повериоцима или државним органима/агенцијама као носиоцима контроле законитости пословања привредних друштва, све наведене субјекте карактеришу заједничка обележја која доводе у сумњу целисходност давања права на подношење деривативне тужбе. Прво, сва наведена лица по правилу нису упозната са целокупним, већ само ограниченим сегментом пословања друштва, по ком основу не би могла имати опште овлашћење за подношење

---

<sup>621</sup> Paul Davies, Sarah Worthington, Eva Micheler, *Gower and Davies: Principles of Modern Company Law*, Sweet & Maxwell 2008<sup>8</sup>, 605.

<sup>622</sup> *Ibid.*, 613.

деривативне тужбе. Друго, веома је упитан подстицај ових лица да уложи напор у вођење судског поступка који служи заштити приватних интереса привредног друштва. Проблем адекватног подстицаја се најпре јавља код носилаца контроле законитости пословања привредних друштва, јер заштита приватно правних интереса, а посебно индивидуалних интереса, није у складу са сврхом постојања ових субјекта.<sup>623</sup> Сличан проблем се јавља и у односу на повериоце и запослене, јер иако се може уочити удаљена веза између заштите интереса ових лица и заштите интереса друштва, за формирање адекватног подстицаја, а самим тим и права на подношење деривативне тужбе, било би потребно утврдити постојање непосредније везе између заштите интереса ових лица и успешног окончања поступка по деривативној тужби.

#### 3.2.1.1. Запослени

Када је реч о запосленима, не може се оспорити чињеница да би запослени могли имати посредан интерес за подношење деривативне тужбе, јер заштита имовинских интереса друштва доприноси да друштво као њихов послодавац добро послује. Међутим, уколико се овај општи утисак сведене на конкретне оквире, долази се до закључка да запослени, барем када је реч о српском праву нису адекватни тужиоци код деривативне тужбе. Наиме, добит остварена у поступку припада друштву, те запослени чак ни на посредан начин не би могли имати финансијску корист од усвајања тужбеног захтева, за разлику од чланова друштва који једини имају статус резидуалних поверилаца друштва. Запослени имају загарантовану зараду која је дефинисана уговором о раду, а које право не зависи од успешности пословања друштва, у смислу да успешност пословања друштва неминовно води повећању зараде, нити додатних имовинских права из радног односа. Наиме, поред имовинских права која су предвиђена уговором о раду, запослени могу учествовати у расподели добити коју је друштво остварило, али ово право зависи од воље привредног друштва као послодавца.<sup>624</sup> Такође, мало је вероватно да би запослени били заинтересовани за подношење тужбе, јер би морали сносити трошкове поступка (што укључује и трошкове припреме поступка), из ког

---

<sup>623</sup> *Ibid.*, 613-614.

<sup>624</sup> Закон о раду, *Службени гласник РС*, бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – одлука УС и 113/2017, чл. 14.



разлога је мало вероватно да би се запослени одлучили на подношење деривативне тужбе. На крају, постоји и проблем концептуалне природе, а то је да ли се може очекивати да би запослени поднео тужбу против директора или контролног акционара, чиме би нарушио однос са лицима која могу утицати на његово запослење, а да при томе тужбу подноси ради заштите интереса друштва, а не неког другог (недозвољеног) разлога. Такође, уколико се сматра да један од значајних проблема у функционисању деривативне тужбе представља информациона асиметрија између чланова друштва и управе, овај проблем би вероватно био још израженији када је реч о запосленима друштва, уз постојање одређених изузетака.

Додатно, можда најважнији разлог који говори противно праву запослених на подношење деривативне тужбе у српском праву је чињеница да запосленима већ стоји на располагању адекватан правни механизам за спречавање незаконитости у друштву, а то је институт узбуњивања.

Закон о заштити узбуњивача<sup>625</sup> ступио је на снагу 04.12.2014. године, док је његова примена почела 05.06.2015. године. Закон у чл. 2 дефинише да је „узбуњивање“ откривање *информације о кршењу прописа*, кршењу људских права, вршењу јавног овлашћења противно сврси због које је поверено, опасности по живот, јавно здравље, безбедност, животну средину, као и *ради спречавања штете великих размера*, затим да је „узбуњивач“ физичко лице које изврши узбуњивање у вези са својим *радним ангажовањем*, поступком запошљавања, коришћењем услуга државних и других органа, носилаца јавних овлашћења или јавних служби, пословном сарадњом и *правом власништва на привредном друштву* и да је „послодавац“ орган Републике Србије, територијалне аутономије или јединице локалне самоуправе, носилац јавних овлашћења или јавна служба, *правно лице или предузетник који радно ангажује једно или више лица*.<sup>626</sup>

Полазећи од дефинисаних појмова Закона о заштити узбуњивача може се закључити да се институт узбуњивања може односити и на повреде одредби ЗПД које спадају у објективни домен примене деривативне тужбе, нарочито у односу на посебне дужности према друштву. На пример, запослени у финансијској служби

---

<sup>625</sup> Закон о заштити узбуњивача, *Службени гласник РС*, бр. 128/2014.

<sup>626</sup> Више о институту узбуњивања у српском праву вид. Igor Vuković, Ljubinka Kovačević, Vuk Radović, „Legal status of whistle-blowers in the Republic of Serbia: from fragmented protection of civil servants to the fullscale protection model“, *Transylvanian Review of Administrative Sciences* No. 53 E/2018, 107-122.

друштва може уочити да је директор дао налог за пренос новца са рачуна друштва на рачун компаније која је у власништву супруге директора, а на основу уговора о зајму који до тада није заведен код друштва. Уколико запослени уочи овакву чињеницу, а при томе му није јасан контекст у коме је настао овај уговор, или се уговор не налази у документима друштва, у складу са Законом о заштити узбуњивача може започети поступак унутрашњег узбуњивања<sup>627</sup> и о овој околности обавестити друштво.

Институт узбуњивања представља праву меру учешћа запослених у контроли пословања друштва, јер запослени имају могућност да укажу на неправилности у пословању друштва, при чему је њихов положај у друштву тим поводом адекватно заштићен.<sup>628</sup> Покретање судског поступка за рачун друштва од стране запосленог не би било у складу са природом интереса и положаја који запослени имају у привредном друштву.

Међутим, потребно је напоменути да се у пракси институт узбуњивања често злоупотребљава и то од стране запослених у привредним друштвима. Наиме, у једном случају запослена у приватном сектору је након сазнања да јој предстоји отказ уговора о раду, свој положај у друштву покушала да „заштити“ започињањем поступка унутрашњег узбуњивања, а након откривања наводно спорног уговора који је друштво закључило са другим привредним друштвом које је у власништву једног од директора. Након тога запослена је активирала средства заштите прописана Законом о заштити узбуњивача, те је сваки покушај указивања на неправилности у свом раду представила као радњу стављања у неповољнији положај у вези са узбуњивањем у смислу чл. 21 Закона о заштити узбуњивача.

Имајући у виду наведено, може се закључити да запослени не спадају у круг адекватних тужилаца за подношење деривативне тужбе из два разлога. Први разлог се односи на околност да у српском праву постоји институт узбуњивања који запосленима даје могућност да укажу на неправилности у пословању друштва, а које могу бити и у вези са институтима који спадају у објективни домен примене деривативне тужбе. Други разлог се односи на могућност злоупотребе деривативне тужбе, у међусобном односу запосленог и друштва, која је могућа у оба смера. У

---

<sup>627</sup> Унутрашње узбуњивање се дефинише као откривање информација послодавцу. Вид. Закон о заштити узбуњивача, чл. 12 ст. 2.

<sup>628</sup> Заштита узбуњивача је регулисана чл. 21-36 Закона о заштити узбуњивача.

случају да запослени поднесе тужбу, директори би могли донети решење о отказу уговора о раду, како би запослени изгубио активну легитимацију за вођење поступка, док са друге стране запослени којима очигледно предстоји отказ или су већ примили решење о отказу уговора о раду могу поднети тужбу само са циљем да управу друштва доведу у неповољан положај и како би их евентуално одвратили од доношења решења о отказу.

### 3.2.1.2. Субјекти контроле пословања привредних друштава

Када је реч о субјектима контроле пословања привредних друштава, потребно је указати да у српском праву већ постоји одређени вид надлежности јавних органа у сфери заштите имовинских интереса који се заснивају на одредбама компанијског права (посматрано у ширем смислу овог појма).<sup>629</sup> Наиме, Законом о тржишту капитала је прописано да Комисија за хартије од вредности може покренути и водити пред судом поступак против било ког лица ради заштите интереса инвеститора који улажу у финансијске инструменте и других лица за која утврди да им је повређено одређено право или на праву заснован интерес, а у вези са пословима са финансијским инструментима.<sup>630</sup> У овом случају иако је реч о судским поступцима којима се штите интереси инвеститора као приватних лица, заштита је усмерена и на јавне интересе, јер по правилу поступак не би био вођен само у интересу једног инвеститора.

Такође, потребно је указати да у српском праву постоји и одређена надлежност субјеката контроле пословања привредних друштава поводом одредаба ЗПД које спадају у објективни домен примене деривативне тужбе. Наиме, ЗПД је прописано да повреда дужности пријављивања послова или радњи у којима постоји лични интерес,<sup>631</sup> као и повреда дужности забране конкуренције<sup>632</sup> у одређеним околностима представља кривично дело. Такође, ЗПД је прописано да повреда

<sup>629</sup> За енглеско право вид. P. Davies, S. Worthington, E. Micheler, 614.

<sup>630</sup> Закон о тржишту капитала, *Службени гласник РС*, бр. 31/2011, 112/2015 и 108/2016, чл. 262 ст. 3.

<sup>631</sup> ЗПД, чл. 582 ст. 1: „Ако лице из члана 61. овог закона, које има посебну дужност према друштву не пријави друштву правни посао или радњу у којој има лични интерес, односно од тог друштва не прибави одобрење правног посла или радње у случају постојања личног интереса из члана 66. овог закона, у намери да то друштво закључи уговор или предузме радњу у којој ће претрпети штету, казниће се новчаном казном или затвором до једне године“.

<sup>632</sup> ЗПД, чл. 583 ст. 1: „Ако лице из члана 61. овог закона, које има посебну дужност према друштву, повреди дужност избегавања сукоба интереса из члана 69. овог закона, у намери прибављања за себе или другог имовинске користи, казниће се новчаном казном или затвором до једне године“.

правила о ограничењима плаћања представља привредни преступ.<sup>633</sup> Дакле, у овом случају иако је реч о сфери приватних интереса законодавац је препознао постојање одређеног јавног интереса које је заштитио тиме што је инкриминисао одређене повреде ЗПД које спадају у објективни домен примене деривативне тужбе. Имајући у виду да је Закоником о кривичном поступку прописана обавеза свих лица да пријаве кривично дело за које сазнају у оквиру своје делатности,<sup>634</sup> субјекти контроле пословања привредних друштава уколико уоче неко од наведених кривичних дела из ЗПД имају обавезу да поднесу кривичну пријаву, односно пријаву привредног преступа.

Међутим, надлежност субјеката контроле пословања привредних друштава у случају повреде одредаба ЗПД које спадају у домен примене деривативне тужбе исцрпљује се предузимањем мера јавно правног карактера. Овакав приступ законодавца је у потпуности легитиман, јер се не може пронаћи оправдање за подношење тужбе која је усмерена ка заштити појединачног приватноправног интереса од стране субјеката који треба да штите првенствено јавне интересе. У упоредној литератури постоје залагања за већи степен учешћа јавних тела у контроли пословања привредних друштава, али не у форми парничног поступка, који свакако није погодан правни инструмент за носиоце јавних овлашћења.<sup>635</sup> Исти приступ требало би да следи и српско право. Као закључак може се рећи да у овом случају осим практичних проблема који би свакако постојали (одсуство мотива, удаљеност од свакодневног пословања друштва и информациона асиметрија) постоји основни проблем концептуалне природе који говори против давања права на подношење деривативне тужбе субјектима јавно правних овлашћења, а то је одсуство легитимне потребе да се јавно правни субјекти мешају у унутрашња питања једне компаније.

Међутим, имајући у виду да се српски законодавац определио за одређени вид учешћа јавних органа у поступку санкционисања повреда одредби ЗПД које спадају у објективни домен примене деривативне тужбе, потребно је размотрити да ли је целисходно увести обавезу ових субјеката да друштво, односно чланове

---

<sup>633</sup> ЗПД, чл. 585. У овом случају постоји одговорност друштва за привредни преступ, али и одговорног лица.

<sup>634</sup> Законик о кривичном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 и 55/2014, чл. 280 ст. 1.

<sup>635</sup> A. Reisberg (2007), 31-32.

друштва обавесте о сазнању за кривична дела из ЗПД. Ова потреба може постојати првенствено због специфичног односа имовинскоправног захтева друштва као оштећеног, који може настати као последица кривичних дела из ЗПД, и мере одузимања имовинске користи која се изриче у кривичном поступку. Међусобни однос права оштећеног и мере одузимања имовинске користи уређен је Кривичним закоником, те оштећени под одређеним условима имовинскоправни захтев може намирити из вредности имовинске користи која је одузета од окривљеног. Ово питање може бити веома значајано уколико тужени нема друге имовине осим оне коју је стекао као последицу кршења дужности према друштву. Наиме, Кривични законик<sup>636</sup> у чл. 93 прописује да (i) ако је у кривичном поступку усвојен имовинскоправни захтев оштећеног, суд ће изрећи одузимање имовинске користи само уколико она прелази досуђени имовинскоправни захтев оштећеног у том износу, (ii) оштећени који је у кривичном поступку у погледу свог имовинскоправног захтева упућен на парницу може тражити да се намири из одузете имовинске користи, ако покрене парницу у року од шест месеци од дана правноснажности одлуке којом је упућен на парницу, (iii) оштећени који у кривичном поступку није поднео имовинскоправни захтев може захтевати намирење из одузете имовинске користи, ако је ради утврђивања свог захтева покренуо парницу у року од три месеца од дана сазнања за пресуду којом је изречено одузимање имовинске користи, а најдаље у року од три године од дана правноснажности одлуке о одузимању имовинске користи.

Одговор на питање да ли би требало установити обавезу субјеката контроле пословања привредног друштва да обавесте чланове друштва о постојању кривичног дела из ЗПД зависи од одговора на претходна два питања. Прво, да ли би чланови друштва могли да у своје име, а за рачун друштва истакну имовинскоправни захтев у кривичном поступку и друго, да ли рокови из чл. 93 Кривичног законика дерогирају рокове за подношење деривативне тужбе из ЗПД. Имајући у виду да оштећени у кривичном поступку може бити само лице чије је „лично или имовинско право кривичним делом повређено или угрожено“, <sup>637</sup> јасно је да чланови друштва не би могли имати статус оштећеног у кривичном поступку, а самим тим ни могућност

---

<sup>636</sup> Кривични законик, *Службени гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005 – испр., 107/2005 – испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 и 94/2016.

<sup>637</sup> Законик о кривичном поступку, чл. 1 ст. 1 тач. 11.

да истакну имовинско правни захтев за рачун друштва, већ то може учинити само друштво. Даља последица наведеног јесте да члан друштва не би могао да покрене парнични поступак у своје име, а за рачун друштва у којем би остваривао имовинскоправни захтев друштва поводом кривичних дела из ЗПД. На тај начин се долази до крајњег закључка да вођење кривичног поступка поводом кривичних дела из ЗПД члановима друштва не даје додатна права у односу на могућност заштите интереса привредног друштва, те им на располагању и даље стоји једино деривативна тужба која мора бити поднета у року који је прописан ЗПД, без обзира што је основ тужбе радња која представља кривично дело у смислу ЗПД. Отуда, увођење обавезе носилаца јавних овлашћења да друштво, а првенствено његове чланове обавесте о подношењу кривичне пријаве поводом кривичних дела из ЗПД имало би своје оправдање са циљем очувања права чланова друштва на подношење деривативне тужбе, а како би се спречило да чланови друштва пропусте рок за подношење деривативне тужбе и једину могућност која им стоји на располагању ради заштите интереса друштва у овом случају. Дакле, као што је случај са запосленима и носиоци јавних овлашћења могу имати само помоћну улогу у процесу подношење деривативне тужбе.

Све претходно наведено отвара и додатно питање, а то је да ли члановима друштва, осим права на подношење деривативне тужбе, треба дати и право на подношење имовинскоправног захтева у кривичном поступку, у ситуацијама када се кривични поступак води поводом основа који представља и разлог за подношење деривативне тужбе. Ово решење би допринело додатној заштити интереса друштва, јер би у том случају чланови друштва могли да покрену парнични поступак ради остваривања имовинскоправног захтева и на тај начин очували право приоритетног намирења имовинског захтева друштва од одузете имовинске користи стечене кривичним делом.

### *3.2.2. Повериоци друштва као подносиоци деривативне тужбе*

Српско право је све до 2004. године спадало у круг (ретких) права која прописују право поверилаца на подношење деривативне тужбе.<sup>638</sup> Када је реч о

---

<sup>638</sup> ЗП 1996, чл. 73. ст. 2. Право на подношење деривативне тужбе су имали само повериоци чија потраживања износе најмање десетину основног капитала друштва.

важећим законима, познато је да право поверилаца на подношење деривативне тужбе прописује израелски Компанијски закон.<sup>639</sup> Такође, постоје и права која прописују право поверилаца на подношење директне тужбе против чланова управе, а на основу чињенице проузроковања штете друштву. Дакле, у овом случају није реч о непосредној одговорности чланова управе за штету која је проузрокована повериоцима друштва, нити о деривативној тужби, већ о захтеву поверилаца који се заснива на штети која је проузрокована друштву и који је самим тим у потпуности акцесоран захтеву друштва.<sup>640</sup> Имајући у виду наведено повериоци друштва подnose тужбу у своје име и за свој рачун, те у случају успеха у спору накнада штете припада директно повериоцима друштва.<sup>641</sup> Реч је о специфичној врсти тужбе, јер тужбу поводом истог чињеничног основа могу поднети друштво и повериоци друштва, али је захтев могуће реализовати само једном, било од стране друштва или његових повериоца.<sup>642</sup> У том погледу основна разлика између ове врсте тужбе и

---

<sup>639</sup> У израелском праву повериоци имају право да поднесу деривативну тужбу због недозвољених плаћања члановима друштва (чл. 204 израелског Компанијског закона).

<sup>640</sup> J. Barbić, 512.

<sup>641</sup> Ову врсту тужбе прописују немачко, хрватско и словеначко право. У хрватском праву право поверилаца на подношење директне тужбе против чланова управе је прописано чл. 252 ст. 5 Закона о трговачким друштвима који гласи „Захтјев за накнаду штете могу поставити и вјеровници друштва ако не могу своје тражбине подмирити од друштва. То вриједи у случајевима осим оних из ставка 3. овога чланка само онда ако члан управе грубо повриједи дужност да примијени позорност уредног и савјесног господарственика. У односу на вјеровнике друштва обвеза да се надокнади штета не може се отклонити тако да се друштво одрекне захтјева или да о захтјеву склопи нагодбу нити тиме што се радња темељила на одлуци главне скупштине. Ако је над друштвом отворен стечајни поступак, за вријеме трајања тог поступка право вјеровника друштва против чланова управе остварује стечајни управитељ.“ Изузетак из става 3, чл. 252 Закона о трговачким друштвима се односи на одговорност управе за штету уколико: „врате дионичарима оно што су уложили у друштво, исплате дионичарима камате или дивиденду, упишу, стекну, узму у залог или повуку властите дионице друштва или некога другог друштва, издају дионице прије него што се за њих у цјелини уплати износ за који су издане, раздијеле имовину друштва, обаве плаћања након што наступи неспособност друштва за плаћање, односно након што дође до презадужености друштва, даду накнаду члановима надзорног одбора, даду кредит, код увјетног повећања капитала издају дионице супротно сврси или прије него што се оне у цјелини уплате“. D. Jurić, 18, 22, 26; Veronika Radica, “Odgovornost uprave trgovačkog društva za štetu“, *Porezni vjesnik* 9/2016, 61.

<sup>642</sup> Конструкција тужбе у практичној примени може бити проблематична, јер осим ситуације да су друштво и поверилац поднели тужбу против члана управе по истим основу, такође је могуће да се догоди да поверилац по истом основу поднесе тужбу против друштва и члана управе. У свим наведеним околностима нема двоструке литиспенденције у односу на предмет спора, јер се тужбени захтеви темеље на различитим правним основама, те приговори процесне природе не би били основани. У крајњем исходу је неспорно да члан управе може бити обавезан да само једном субјекту надокнади штету, али у практичној реализацији примена овог правила може бити тешко остварива. Вид. J. Barbić, 512-513.

деривативне тужбе састоји се у обавези туженог да тужбени захтев испуни према повериоцу друштва, а не према друштву, док је у оба случаја реч о тужби којом се реализује штета која је проузрокована друштву. У случају да поверилац успе са тужбеним захтевом против члана управе, долази до престанка потраживања повериоца према друштву, али и потраживања друштва на име накнаде штете према члану управе.<sup>643</sup> Право на подношење ове врсте тужбе припада само повериоцима који нису могли добити намирење потраживања од стране друштва.<sup>644</sup>

На самом почетку излагања потребно је указати, да иако је реч о веома значајној теми за анализу деривативне тужбе, литература се до сада није исцрпно бавила питањем да ли и под којим условима повериоцима друштва треба дати право на подношење деривативне тужбе. Као што је случај и са осталим сегментима анализе деривативне тужбе, правом поверилаца на подношење деривативне тужбе највише се бавила америчка судска пракса, а у нешто мањем обиму и теорија компанијског права, док закони никада нису изричито ни признавали, али ни ускраћивали право поверилаца на подношење деривативне тужбе. Америчка судска пракса није јединствена по овом питању, али се може рећи да су судови раније углавном дозвољавали подношење деривативне тужбе од стране поверилаца уколико се компанија налази пред покретањем стечајног поступка (зона инсолвентности) или је стечај већ покренут.<sup>645</sup> Новија судска пракса је испољила тенденцију сужавања права поверилаца на подношење деривативне тужбе тиме што је најпре право поверилаца на подношење деривативне тужбе ограничила само на сферу стечајног поступка, а 2017. године је донета одлука у којој је заузет став да повериоци друштва немају право на подношење деривативне тужбе, чак ни када је над компанијом покренут стечајни поступак. У овом случају судска пракса се најпре двоумила да ли повериоцима право на подношење деривативне тужбе треба дати само у случају када се друштво налази у стечају или је прихватљиво да се ово право поверилаца односи и на период који претходи стечајном поступку, а када је јасно да

---

<sup>643</sup> *Ibid.*, 512.

<sup>644</sup> D. Jurić, 18, 22, 26.

<sup>645</sup> Вид. K. Sharfman, 5-6; Kelli Alces Williams, *Enforcing Corporate Fiduciary Duties in Bankruptcy*, *Kansas Law Review*, Vol. 56, 2007, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=968006>, 05.06.2018, 83-145.



компанија налази у финансијским потешкоћама (зона инсолвентности).<sup>646</sup> Ова дилема је постојала до 2015. године када је Основни суд Делавера у случају *Quadrant Structured Products Company, Ltd. v. Vincent Vertin et al.*, заузео став да зона инсолвентности не постоји, јер закон не познаје овај појам, те је за постојање права поверилаца на подношење деривативне тужбе једино меродавно да ли се компанија налази у стечају. Уколико је друштво у стечају повериоци имају право на подношење деривативне тужбе. Одлука суда у случају *Vincent Vertin* је у основи одражавала став који је дуго био присутан у америчкој судској пракси, те је фактички само прецизиран тренутак када повериоци стичу право на подношење деривативне тужбе. Основ за заузимање оваквог става суда је вероватно одлука Врховног суда у случају *North American Catholic Educational Programming Foundation, Inc. v. Gheewalla* из 2007. године у коме је суд навео да уколико компанија није у стечају, нити зони инсолвентности повериоци друштва не могу поднети директну тужбу против директора због повреде посебних дужности, али да у случају стечаја компаније могу поднети деривативну тужбу (дакле више се није помињала зона инсолвентности). Међутим, априла 2017. године Основни суд Делавера је у предмету *Trusa v. Nepo* заузео став да повериоци немају право на подношење деривативне тужбе, без обзира на чињеницу да ли се компанија налази у стечају. Суд је своје схватање о праву поверилаца на подношење деривативне тужбе засновао на прилично једноставном аргументу, а то је да закон повериоце друштва не сврстава у круг активно легитимисаних лица за подношење деривативне тужбе. Претходна судска пракса је сматрала да се ширим тумачењем закона може закључити да повериоци друштва ипак спадају у круг активно легитимисаних лица, међутим суд у случају *Trusa v. Nepo* је по овом питању изнео став да је закон потребно тумачити само онда када није јасан, што није случај када је реч о томе која лица имају активну легитимацију за подношење деривативне тужбе, у односу на

---

<sup>646</sup> Не постоји општеприхваћена дефиниција појма „зона инсолвентности“, како у теорији, тако ни у судској пракси, али се може рећи да се компанија налази у зони инсолвентности када наступање стечаја очекивано или предвидљиво. Судови су одређеном периоду користили три теста како би утврдили да ли се компанија налази у зони инсолвентности: *balance-sheet test*—зона инсолвентности наступа када обавезе компаније постану веће од вредности имовине, *cash-flow test*—зона инсолвентности наступа када компанија није у могућности да измирује своје обавезе и *transactional analysis test* – зона инсолвентности наступа када компанија уђе у одређену трансакцију која резултира преостајањем мале вредности капитала у компанији. Вид. одлуке *Pereira v. Cogan*, 294 B.R. 449, 501 (S.D.N.Y 2003) и *In re Healthco Int'l. Inc.*, 208 B.R. 288, 300 (Bankr. D. Mass. 1997).

које закон јасно каже да су то само чланови друштва. Међутим, стручна јавност сматра да ово ипак неће бити коначан став суда о праву поверилаца на подношење деривативне тужбе, јер у претходном периоду, када су судови несумњиво дозвољавали повериоцима право на подношење деривативне тужбе, постојале су појединачне одлуке у којима је ово право поверилаца негирано,<sup>647</sup> те постоји могућност да ће суд након случаја *Trusa v. Nepo* поново променити став. Постоје и мишљења да је можда разлог за другачију одлуку суда била чињеница да је реч о друштву са ограниченом одговорношћу, али тај основ разликовања не би био оправдан јер су услови за подношење деривативне тужбе исти у односу на обе форме друштава.

Без обзира да ли је реч о одлукама којима се дозвољава или ускраћује право поверилаца на подношење деривативне тужбе, аргументација суда је у оба случаја била прилично оскудна. У основи амерички судови су били сагласни да када је друштво солвентно, не постоји ризик за повериоце да своје потраживање неће намирити, па самим тим ни оправдање за подношење деривативне тужбе.<sup>648</sup> Са друге стране, када је друштво у финансијским потешкоћама ситуација је другачија јер тада ризик, који у току редовног пословања носе чланови друштва, у потпуности прелази на повериоце друштва.<sup>649</sup> У односу на прелазак ризика са чланова друштва на повериоце друштва који наступа у тренутку уласка компаније у финансијске потешкоће, судови су имали два проблема. Прво, да установе у ком тачно тренутку долази до преласка ризика. Друго, да ли прелазак ризика подразумева и промену повериоца фидуцијарних дужности. Оба наведена питања су решена у случају *Vincent Vertin* у коме је суд дефинисао да до преласка ризика долази тек у тренутку отварања стечаја и да промена носиоца ризика не доводи до промене субјеката према коме се дугују фидуцијарне дужности, те да у случају отварања стечаја фидуцијарне дужности и даље постоје само према друштву (у ранијим одлукама сматрало се да фидуцијарне дужности у стечају постоје према

---

<sup>647</sup> На пример, Врховни суд Делавера је у одлуци *Hartford Underwriters Insurance Co. v. Union Planters Bank, N.A.* из 2000. године негирао право поверилаца на подношење деривативне тужбе уколико се друштво налази у стечају, али су првостепени судови након тога ипак признавали право поверилаца на подношење деривативне тужбе. К. Sharfman, 3.

<sup>648</sup> Вид. одлуку *Appleton v. American Malting Co.* (N.J. 1903). Вид. „Creditors' Derivative Suits on Behalf of Solvent Corporations“, *The Yale Law Journal* Vol. 88, No. 6 1979, 1305 фн. 36. Вид. Одлуку *North American Catholic Educational Programming Foundation, Inc. v. Gheewalla*.

<sup>649</sup> Вид. одлуку *North American Catholic Educational Programming Foundation, Inc. v. Gheewalla*.

повериоцима друштва).<sup>650</sup> Разлика између појма носиоца ризика и субјекта према коме постоје фидуцијарне дужности се испољила на начин да су судови у случају отварања стечаја дозволили повериоцима право на подношење деривативне тужбе као примарним носиоцима ризика, али није признато право поверилаца на подношење директне тужбе за накнаду штете, јер чланови управе немају фидуцијарне дужности према повериоцима друштва, без обзира да ли се друштво налази у стечају.

На једнак начин као и судска пракса и америчка литература компанијског права је подељена у погледу питања да ли повериоцима друштва треба дати право на подношење деривативне тужбе. Противници права поверилаца на подношење деривативне тужбе сматрају да право на подношење деривативне тужбе представља имовинско право акционара, као што је то на пример дивиденда, и да самим тим нема основа да се ово право додели и другим субјектима, поред чланова друштва.<sup>651</sup> Такође, теоретичари који се противе праву поверилаца на подношење деривативне тужбе често се позивају на чињеницу да не постоји реална потреба постојања овог права, јер повериоци на располагању имају широк спектар могућности да заштите своју позицију у односу на друштво, при чему право на подношење деривативне тужбе не би додатно допринело заштити њиховог положаја.<sup>652</sup> Са друге стране, поборници права поверилаца на подношење деривативне тужбе сматрају да није тачан аргумент да повериоци увек могу да заштите своју позицију према друштву,<sup>653</sup> нарочито уколико повериоци немају способност да преговарају са друштвом у погледу инструмента заштите.<sup>654</sup> Такође, сматрају да повериоцима треба признати право на подношење деривативне тужбе као компензацију за ризик који преузимају када улазе у пословни однос са друштвом.<sup>655</sup> Посебно, када је реч о друштвима затвореног типа, деривативна тужба може бити значајан инструмент заштите поверилаца, јер тада постоји већа могућност да чланови злоупотребе друштво на

---

<sup>650</sup> Вид. одлуку *Production Resources Group v. NCT Group, Inc* (Court of Chancery of Delaware, 2004).

<sup>651</sup> K. Sharfman, 2.

<sup>652</sup> „Creditors' Derivative Suits on Behalf of Solvent Corporations“, 1309-1310.

<sup>653</sup> *Ibid.*, 1305.

<sup>654</sup> Patrick Leyens, Michael Faure, Directors' and Officers' Liability: Economic Analysis, European Corporate Governance Institute (ECGI) – Law Working Paper No. 376/2017, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=3059284>, 01.06.2018, 6.

<sup>655</sup> „Creditors' Derivative Suits on Behalf of Solvent Corporations“, 1306-1308.

штету поверилаца.<sup>656</sup> Међутим, теоретичари који се залажу за постојање права поверилаца на подношење деривативне тужбе признају да ово право не би требало да буде безусловно, већ је неопходно поставити одређена ограничења како се право на подношење тужбе не би злоупотребљавало, на пример, да је реч о вероватном потраживању, или услови да поверилац мора задржати тај статус током трајања целог поступка.<sup>657</sup>

Имајући у виду све претходно наведено јасно је да се не може у потпуности негирати интерес поверилаца за подношење деривативне тужбе, те се може чак и рећи да је неспоран, као општа претпоставка (не у односу на сваког појединачног повериоца). У том погледу деривативна тужба не би била ни први, ни последњи инструмент компанијског права којим се штите повериоци друштва. Међутим, амерички судови су у праву када праве разлику између повериоца чији положај није угрожен, у односу на повериоце који не могу да намире своје потраживање. У околностима када друштво нормално послује не постоји оправдање, као ни потреба поверилаца за подношење тужбе, јер поверилац успешним окончањем поступка по деривативној тужби не може побољшати свој положај, који ни пре подношења тужбе није био угрожен. У овом случају положај поверилаца након подношења деривативне тужбе не може бити побољшан, јер поверилац након успешног окончања поступка по деривативној тужби не може добити већа права од оних која му припадају на основу садржине облигационог односа са друштвом. Околности су другачије када је реч о повериоцима чије је намирење угрожено, јер тада постаје упитно да ли поверилац може да оствари права која има према друштву, при чему би појам угрожености намирења поверилаца требало везивати само за потешкоће у намирењу потраживања које постоје пре отварања стечаја. У случају отварања стечаја наступају посебне околности, о чему ће посебно бити речи у оквиру процесно правне анализе деривативне тужбе.

Кључно питање које се поставља у међусобном односу поверилаца и права на подношење деривативне тужбе требало би да буде на који начин се правна позиција поверилаца може побољшати успешним окончањем поступка по деривативној тужби. Другим речима, за давање права повериоцима на подношење деривативне тужбе није довољан општи аргумент да увећање имовине друштва доприноси и

---

<sup>656</sup> *Ibid.*, 1314 фн. 76.

<sup>657</sup> *Ibid.*, 1315-1316.

бољем положају поверилаца, јер повериоци због ограничене садржине права према друштву могу имати оправдање и интерес за подношење тужбе само уколико успешним окончањем поступка постижу побољшање своје позиције у односу према друштву. На овом месту уочава се разлика између положаја поверилаца и чланова друштва, јер за разлику од поверилаца, чланови имају интерес да се имовина друштва безгранично увећава и самим тим за оправдавање права чланова друштва на подношење деривативне тужбе је довољно рећи да увећавање имовине друштва доприноси и бољем положају чланова друштва.

Полазећи од претходно наведеног, први корак у циљу дефинисања права поверилаца на подношење деривативне тужбе јесте утврђивање критеријума на основу којих би било могуће утврдити да ли је намирење поверилаца угрожено. На пример, уколико поверилац има хипотеку којом се обезбеђује његово потраживање, по правилу не би требало да је у овом случају реч о повериоцу чије је намирење угрожено. Исто питање треба поставити и у односу на све категорије поверилаца који су познати у компанијском праву. Дакле, појам „(не)могућност намирења потраживања“ не треба посматрати у односу на целокупну финансијску ситуацију друштва, јер у односу на једног повериоца друштво може имати довољно имовине да измири дуговање, док у односу на другог повериоца то не мора бити случај, те угроженост намирења потраживања повериоца као услов за подношење тужбе треба ценити у односу на сваког појединачног повериоца. Други корак у структурирању права поверилаца на подношење деривативне тужбе је испитивање могућности успостављања непосредних правних ефеката успешног окончања поступка по деривативној тужби на правну позицију поверилаца, односно да ли је могуће да добит остварена у поступку користи директно повериоцу који је покренуо поступак. Овај сегмент је најзахтевнији у дефинисању права поверилаца на подношење деривативне тужбе, јер уколико није могуће успоставити непосредну везу између успешног окончања поступка по деривативној тужби и правног положаја поверилаца, онда право на подношење деривативне тужбе од стране поверилаца не би имало довољно оправдање. Затим, чињеница тренутка стицања својства повериоца друштва такође може бити од значаја за дефинисање права на подношење деривативне тужбе, јер као и у случају чланова друштва постоји опасност да одређено лице стекне својство повериоца са циљем да поднесе деривативну тужбу (што подразумева могућност откупа потраживања од актуелних поверилаца).

Коначно, за практичну примену права поверилаца на подношење деривативне тужбе од великог значаја је дефинисање критеријума када се може сматрати да одређено лице има статус повериоца друштва, јер би тужени по правилу настојали да оспоре такав статус тужиоцу, са циљем да докажу да не постоји активна легитимација за подношење деривативне тужбе.

У српском праву увођење права поверилаца на подношење деривативне тужбе, не би било супротно духу ЗПД, с обзиром на чињеницу да закон прописује бројне инструменте заштите поверилаца.<sup>658</sup> Сви механизми заштите поверилаца предвиђени ЗПД се могу поделити на опште и посебне. У опште инструменте заштите спадају императивне одредбе закона које, између осталог, имају за циљ заштиту свих поверилаца друштва, као што су, на пример, правила о одржавању основног капитала, правила о ограничењима плаћања или правила о објављивању информација.<sup>659</sup> У овом случају реч је о општим инструментима заштите, јер делују на све повериоце друштва подједнако, без обзира на конкретна својства потраживања и без обзира да ли је поверилац захтевао заштиту. Дакле, у овом случају не постоји непосредна веза између положаја конкретног повериоца и деловања механизма заштите, већ механизми заштите преко субјективитета привредног друштва на посредан начин делују на све повериоце. Са друге стране, посебни инструменти заштите поверилаца у компанијском праву су по самом закону изричито усмерени ка заштити поверилаца и делују само на захтев поверилаца уколико су испуњени законом прописани услови.<sup>660</sup> У посебне инструменте заштите поверилаца спадају, на пример, пробијање правне личности,<sup>661</sup> правила о заштити поверилаца у поступку смањења основног капитала,<sup>662</sup> правила о заштити поверилаца у поступку спровођења статусне промене<sup>663</sup> или заштита поверилаца код

---

<sup>658</sup> Вид. Татјана Јевремовић Петровић, „Повериоци у компанијском праву и инструменти њихове заштите“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2011, 223-254.

<sup>659</sup> *Ibid.*, 248-249.

<sup>660</sup> Подела на опште и посебне инструменте заштите је релативна, јер постоје инструменти заштите који имају мешовиту правну природу, као на пример пробијање споразумно утврђење вредности неновчаног улога. У овом случају инструмент заштите се активира на захтев повериоца друштва, али не постоји непосредна веза између добијеног инструмента заштите и положаја повериоца друштва, већ се ефекат заштите остварује преко субјективитета друштва. Вид. ЗПД, чл. 59.

<sup>661</sup> ЗПД, чл. 18.

<sup>662</sup> ЗПД, чл. 319.

<sup>663</sup> ЗПД, чл. 509, 510.

уговора о контроли и управљању.<sup>664</sup> У односу на посебне инструменте заштите поверилаца, као услова за истицање захтева за примену заштитног механизма, ЗПД по правилу захтева да је реч о повериоцу чије је потраживање угрожено.<sup>665</sup> Такође, код свих посебних инструмената заштите постоји непосредно дејство активiranог средства заштите и положаја повериоца,<sup>666</sup> што јасно указује да ефикасан инструмент заштите поверилаца своје постојање може оправдати тек уколико непосредно делује на имовински положај поверилаца. Деривативна тужба би по својој природи требало да спада у посебне инструменте заштите поверилаца.

У том погледу, уколико би се у наредном периоду размишљало о увођењу права поверилаца на подношење деривативне тужбе у српском праву материјално правни услов за подношење тужбе би требало дефинисати на начин да деривативну тужбу могу поднети само повериоци који докажу вероватност потраживања, као и околности које указују да је намирење тог потраживања отежано, при чему се околности које су довеле до потешкоћа у намирењу, као услова за подношење деривативне тужбе, могу довести у везу са радњом која представља основ за подношење деривативне тужбе или се могу односити на било који други разлог који је довео до потешкоћа у намирењу. У другом степену било би неопходно обезбедити да се постигнут успех у спору непосредно одрази на позицију повериоца, односно његово намирење. Управо овај сегмент доводи у питање (не)могућност адекватног структурирања права поверилаца на подношење деривативне тужбе, јер је спорно на који начин би се могло обезбедити да деривативна тужба директно допринесе побољшању положаја поверилаца који је поднео тужбу. Непосредно дејство могуће је постићи само у околностима када се успостави директно право поверилаца на намирење од износа добијеног у поступку по деривативној тужби (успостављањем обавезе туженог на директно плаћање према повериоцу или успостављањем права приоритетног намирења повериоца који је поднео тужбу). Међутим, оправдање постојања права на подношење деривативне тужбе у овом случају постаје спорно,

---

<sup>664</sup> ЗПД, чл. 566.

<sup>665</sup> У већини случајева ЗПД угроженост намирења поверилаца наводи као изричит услов примене инструмента заштите, док је у другим случајевима то учињено на посредан начин. На пример, на основу изузетака од правила о заштити поверилаца у случају смањења основног капитала закључује се да је реч о случајевима када положај поверилаца није угрожен реализацијом одлуке о смањењу основног капитала друштва. Вид. ЗПД, чл. 320, 321.

<sup>666</sup> Непосредно дејство се састоји у прибављању одређеног обезбеђења потраживања или директном намирењу.

јер се поставља питање да ли субјективитет друштва треба да служи једном или свим повериоцима. У околностима када је друштву проузрокована одређена штета, спорно је оправдање решења да досуђени износ треба да служи намирењу само једног повериоца. Једно од оправдања може бити да право треба да пружи заштиту оном повериоцу који је уложио напор да намири своје потраживање. Међутим, као следеће јавља се питање на који начин би требало поступити уколико је више поверилаца покренуло поступак по истом чињеничном основу. Поред наведеног, оправдање права поверилаца на подношење деривативне тужбе може бити спорно и у делу у којем је повериоцима потребно обезбедити механизме потребне за ефикасно функционисање овлашћења на подношење деривативне тужбе, као што је на пример приступ информацијама и документима друштва потребних за вођење поступка. Наиме, без помоћних механизма, право поверилаца на подношење деривативне тужбе, као такво, у пракси би тешко могло да функционише, јер као што је случај са самим члановима друштва или запосленима, повериоцима такође могу бити тешко доступне информације о постојању основа за подношење деривативне тужбе, док им по правилу неће бити доступна сва документација неопходна за припрему тужбе и даље вођење поступка. У том погледу, потребно је образложити и оправдање постојања, не само права поверилаца на подношење деривативне тужбе, већ и помоћних механизма да захтевају информације од друштва, што је вероватно тешко постићи. У вези са претходно наведеним, можда и најважнији разлог који говори против давања повериоцима права на подношење деривативне тужбе је тај што тада деривативна тужба не би представљала корективан механизам компанијског права у контексту изражавања правно релевантне воље друштва, јер тужбу не би подносила лица која потичу из унутрашње сфере друштва, а што би требало да буде примарно оправдање постојања деривативне тужбе.

Имајући у виду све претходно наведено, чини се да не постоји довољно оправдање за право поверилаца на подношење деривативне тужбе.

Ипак, уколико би увођење права поверилаца на подношење деривативне тужбе било пожељно или захтевано од стране праксе, компромисно решење за међусобни однос поверилаца и права на подношење деривативне тужбе се може састојати у следећем. Повериоци чије намирење је постало отежано могли би имати право на подношење деривативне тужбе којом се истиче неновчани тужбени захтев,



јер у овом случају ефекат тужбе може имати дејство на повериоце само посредством правног субјективитета друштва, што у крајњем исходу доводи до резултата да се ефекти деривативне тужбе подједнако односе на све субјекте у вези са друштвом, укључујући и повериоце. Када је реч о новчаном захтеву који се такође може истаћи у форми деривативне тужбе, повериоци би могли имати право на подношење тужбе, али не би требало дозволити да поверилац који је поднео деривативну тужбу има право првенственог намирења од износа досуђеног у поступку, јер се не може наћи оправдање да накнада штете која припада друштву служи само интересима поверилаца који имају могућности да покрену поступак по деривативној тужби. У овом случају право на подношење деривативне тужбе може бити дато као могућност која стоји на располагању повериоцима, на једнак начин као и члановима друштва, уз додатни услов да ипак мора бити реч о повериоцу чије је намирење угрожено, како би право на подношење тужбе било оправдано, иако је вероватно да би пракса показала да повериоци не би били заинтересовани за подношење тужбе под наведеним условима.

### *3.2.3. Тужиоци унутар сфере привредног друштва – расправа на нивоу односа управе друштва и чланова друштва*

Активно легитимисана лица за подношење деривативне тужбе, која потичу из унутрашње сфере привредног друштва, могу на првом месту бити органи друштва, скупштина или управа друштва. Поред органа друштва, тужиоци могу бити и појединачни чланови, који не иступају у својству органа друштва, али који неспорно чине део правног субјективитета привредног друштва.<sup>667</sup> У највећем броју случајева право на подношење деривативне тужбе имају појединачни чланови друштва, али постоје и права у којима право на подношење деривативне тужбе имају и директори друштва (на пример, израелско, канадско и аустралијско право, по мишљењу одређених аутора и српско право за време важења ЗП 1996).<sup>668</sup> Такође, постоје права у којима одлуку о покретању поступка против чланова управе доноси скупштина, а друштво у поступку заступа надзорни одбор или посебан заступник којег именује скупштина друштва или суд на предлог мањинских чланова друштва.

<sup>667</sup> P. Davies, S. Worthington, E. Micheler, 609.

<sup>668</sup> A. Reisberg (2007), 204-205.

Међутим, у овом случају није реч о деривативној тужби у правом смислу речи, већ о тужби која се подноси у име и за рачун друштва, али имајући у виду да се тужба подноси против чланова управе формирана су посебна правила о заступању друштва како би се спречило да тужени опструирају подношење тужбе.<sup>669</sup>

Када је реч о органима друштва као подносиоцима тужбе, јасно је да деривативна тужба може постојати само уколико се право на подношење тужбе да органу који по редовном току ствари није овлашћен да покрене судски поступак у име друштва. На пример, по тренутно важећем ЗПД, скупштина акционарског друштва или независни директори би могли бити подносиоци тужбе, јер су за ову радњу по редовном току ствари овлашћени извршни директори (ЗПД, чл. 329, 388), или по ЗПД 2004, тужилац би могао да буде сваки члан управног одбора друштва са ограниченом одговорношћу, с обзиром на околност да је само председник управног одбора имао статус заступника друштва, а самим тим и овлашћење за подношење тужбе у име друштва (ЗПД 2004, чл. 156).

На самом почетку излагања у овом делу потребно је указати да постоје два проблема приликом дефинисања органа друштва као тужиоца код деривативне тужбе, без обзира да ли је реч о скупштини друштва или органима управљања. Прво, имајући у виду да органи друштва у редовним околностима доносе одлуке у име друштва, давање права на подношење тужбе за рачун друштва органу који пре тога није био надлежан за доношење одлуке о покретању судског поступка у име друштва, пре се може квалификовати као прерасподела надлежности за доношење одлука унутар друштва, него као овлашћење на подношење деривативне тужбе. Међутим, уколико би се захтевало да орган поднесе претходни захтев иницијално овлашћеном органу друштва за подношење тужбе, могло би се говорити о постојању деривативне тужбе. Друго, да би се могло говорити о постојању деривативне тужбе неопходно је да тужилац подноси тужбу у своје име, а за рачун друштва. У том погледу, уколико би право на подношење тужбе имали органи друштва (скупштина или управа) то би подразумевало да органи друштва имају својство тужиоца, односно странке у поступку, што ствара проблеме процесно правне природе, јер органи правног лица немају страначку способност у парничном

---

<sup>669</sup> Ово правило прописано је у аустријском, хрватском и словеначком праву, а било је прописано у немачком праву до увођења праве деривативне тужбе 2005. године, при чему је и даље задржано. D. Jurić, 36, 38, 41; J. Barbić, 504, 506.

поступку.<sup>670</sup> Први проблем постоји без обзира да ли би право на подношење деривативне тужбе имали колективни или индивидуални органи друштва, док би други проблем постојао само у случају када би право на подношење тужбе имали колективни органи. На основу свега наведеног могу се извести два закључка значајна за даљу анализу. Прво, када је реч о колективном органу, вероватно је да због процесно правних ограничења не би могла постојати деривативна тужба. Друго, када је реч о управи друштва, о деривативној тужби може бити само речи уколико је право на подношење тужбе дато директору друштва, као физичком лицу, који на основу правила о заступању друштва нема овлашћење за покретање судског поступка у име друштва.

Идеја о директорима као подносиоцима деривативне тужбе<sup>671</sup> се углавном заснива на потреби да се у што већој мери ублажи одступање од традиционалне расподеле надлежности за доношење одлука у име друштва, у оквиру које управа друштва одлучује о покретању судског поступка.<sup>672</sup> У том погледу обично се истиче да су чланови управе боље информисани од чланова друштва и да самим тим могу боље проценити да ли има основа, али и потребе да се покрене одређени судски поступак ради заштите интереса друштва.<sup>673</sup>

Са друге стране, противници постојања права чланова управе на подношење деривативне тужбе сматрају да је основна препрека за функционисање овог права чињеница да су тужени код деривативне тужбе скоро увек чланови управе. Због наведеног претпоставка постојања права управе друштва на подношење деривативне тужбе јесте способност формирања и изражавања непристрасног мишљења о томе да ли је покретање поступка у интересу друштва,<sup>674</sup> што у крајњем исходу доводи до закључка да би право на подношење деривативне тужбе могли имати само чланови управе који су независни у односу на конкретан предмет спора.<sup>675</sup> Међутим, без обзира на конкретне критеријуме независности, сматра се да је кључни проблем у функционисању права органа управљања на подношење

---

<sup>670</sup> ЗПП, чл. 74.

<sup>671</sup> Могуће је и да чланови управе не буду непосредни подносиоци деривативне тужбе, већ субјекти који су надлежни да процене да ли је тужба у интересу друштва, док тужбу подносе друга лица, али се у оба случаја долази до истог резултата. Вид. А. Reisberg (2007), 103.

<sup>672</sup> P. Davies, S. Worthington, E. Micheler, 606.

<sup>673</sup> Ian Ramsay (1992), 165.

<sup>674</sup> P. Davies, S. Worthington, E. Micheler, 606-607.

<sup>675</sup> A. Reisberg (2007), 104.

деривативне тужбе чињеница да директори, било да су независни или не, припадају истој друштвеној категорији.<sup>676</sup> Отуда, без обзира да ли је конкретан директор блиско повезан са туженим у датом случају, сматра се да директори увек имају подстицај да пронађу оправдање за спорни поступак, јер се могу наћи у истој или сличној ситуацији у неком другом случају. Другим, речима директори немају подстицаја да стварају праксу којом се формирају стандарди њихове имовинске одговорности према друштву. Посматрано на овај начин може се закључити да барем када је реч о деривативној тужби, директори друштва су увек пристрасна лица, независно од тога да ли испуњавају дефинисане критеријуме независности и самим тим нису подобни субјекти за доношење одлуке о покретању судског поступка. Сматра се да овај проблем не би могао бити елиминисан чак ни када би се формирала посебна тела или комисије које би одлучивале о томе да ли је у интересу друштва да се покрене судски поступак, што је потврђено и у америчкој пракси где комисије за спорове по правилу дају мишљење да поступак није у интересу друштва.<sup>677</sup> Други аргумент који се наводи против давања права на подношење деривативне тужбе члановима управе друштва, јесте потреба да се успоставити контролни механизам преиспитивања негативне одлуке, јер није прихватљиво да коначна одлука о покретању поступка буде на члановима управе, чиме се поступак подношења тужбе беспотребно компликује. Као пример се поново наводи америчко право, у коме суд има надлежност да преиспита негативну препоруку комисије за спорове,<sup>678</sup> што потврђује општу претпоставку да чланови управе никада не могу бити суштински непристрасни у односу на основ за подношење деривативне тужбе.

Међутим, потребно је напоменути да сви претходно изнети аргументи имају основа само у околностима када се чланови управе могу наћи на месту туженог. Уколико на месту туженог могу бити чланови друштва (као што је случај у српском праву), онда примедбе које се износе против постојања права чланова управе на подношење деривативне тужбе не могу опстати. Са друге стране, уколико је реч о члановима као потенцијалним туженима, а скупштина друштва је орган овлашћен за подношење тужбе, тада настаје сличан сукоб интереса, као у случају када се тужба подноси против директора.

---

<sup>676</sup> *Ibid.*

<sup>677</sup> *Ibid.*, 104-105.

<sup>678</sup> *Ibid.*, 105.

Један од могућих решења за проблем сукоба интереса који настаје приликом доношења одлуке о подношењу тужбе у име друштва, може бити функционална делегација надлежности за доношење одлуке, односно измештање надлежности за доношење одлуке о покретању поступка на орган друштва чији чланови у конкретном случају не могу бити тужени. На пример, уколико је реч о подношењу тужбе због повреде дужности пажње, скупштина друштва би могла бити надлежна за доношење одлуке о покретању поступка, док би у случају захтева за враћање недозвољених плаћања постојала надлежност управе друштва. Све наведено указује да делегација надлежности за доношење одлуке о покретању поступка у име друштва може бити и алтернатива деривативној тужби, а самим тим и основ за њено укидање.

Ипак, у овом случају у односу на скупштину друштва настаје проблем функционисања колективног органа, који може доносити одлуке само у складу са законом прописаном процедуром. Са друге стране, у односу на управу друштва, без обзира да ли је реч о колективном органу или појединачном директору, није за очекивати да ће ова лица покренути судски поступак против чланова друштва који могу без било каквих ограничења у сваком тренутку разрешити члана управе који се одлучио на подношење тужбе.<sup>679</sup>

На тај начин се закључује да сукоб интереса, који може настати када се тужба подноси против чланова или управе друштва, није могуће у потпуности решити прерасподелом надлежности за доношење одлуке о покретању поступка, јер увек постоји могућност да утицај тужених у друштву спречи подношење тужбе, а да то истовремено није у интересу друштва. Из истих разлога, појединачни чланови друштва представљају најподобнија лица којима би требало дати право на подношење тужбе,<sup>680</sup> јер је реч о субјектима који иначе нису надлежни да доносе одлуке у име друштва, а постојање страначке способности у поступку не би било упитно. У овом случају једино о чему је потребно расправљати јесте којим члановима друштва и под којим условима треба дати право на подношење тужбе, како би деривативна тужба била у интересу друштва.

---

<sup>679</sup> ЗПД, чл. 200, 329, 395, 425, 439.

<sup>680</sup> P. Davies, S. Worthington, E. Micheler, 609.

### 3.2.4. Српско право

У српском праву деривативну тужбу могу поднети само чланови друштва који у тренутку подношења тужбе поседују акције или уделе који представљају најмање 5% основног капитала друштва. За стицање права на подношење деривативне тужбе није од значаја чињеница да ли је основ за подношење тужбе настао пре или након што је тужилац стекао статус члана друштва.<sup>681</sup> Исто решење је прописивао и ЗПД 2004, који је у великој мери сузио круг активно легитимисаних лица за подношење деривативне тужбе у односу на ЗП 1996. Одредбе о кругу лица која имају право на подношење деривативне тужбе императивне су природе, што није био случај са ЗПД 2004 који је дозвољавао да се оснивачким актом право на подношење деривативне тужбе прошири и на ортачка друштва,<sup>682</sup> а што је отворило питање да ли је било дозвољено одступити и од општих услова за подношење деривативне тужбе у погледу капитал цензуса, о чему ће бити речи у наредним излагањима. Дакле, српско право следи англосаксонско, као и већину европских права, те право на подношење деривативне тужбе имају само појединачни чланови друштва.

Одредба закона којом се дефинише активна легитимација за подношење деривативне тужбе, иако на први поглед прилично јасна, у пракси може да створи одређене дилеме. Прво, може бити спорно да ли власници преференцијалних акција имају право на подношење деривативне тужбе. Друго, у случају индиректног држања акција спорно је да ли право на подношење деривативне тужбе има стварни акционар или финансијски посредник који има статус акционара у формалноправном смислу. Треће, у случају постојања сувласништва над уделима или акцијама, може бити спорно да ли чланови друштва могу непосредно поднети деривативну тужбу или само преко именованог пуномоћника. На крају, у околностима када је члан друштва уписан у регистар привредних субјеката као власник удела/акција, али је уговором пренео право власништва на треће лице, може бити спорно да ли активну легитимацију за подношење тужбе има члан који је уписан у регистар или лице које има основ стицања права власништва над акцијама/уделима.

---

<sup>681</sup> ЗПД, чл. 79.

<sup>682</sup> ЗПД 2004, чл. 41 ст. 7: „Одредбе ст. 1. до 6. овог члана не примењују се на ортачко друштво, осим ако оснивачким актом или уговором ортака друштва није друкчије одређено“.

Када је реч о власницима преференцијалних акција<sup>683</sup> систематским тумачењем ЗПД закључује се да имаоци преференцијалних акција имају право на подношење деривативне тужбе, иако немају право гласа у скупштини друштва. Наиме, ЗПД прави разлику између права акционара која су доступна свим акционарима и права која су доступна само акционарима са правом гласа, тако што у односу на одређена права акционара изричито наглашава да је право доступно само акционарима који имају право гласа у скупштини друштва. На пример, ЗПД прописује да предлог за допуну дневног реда скупштине акционара<sup>684</sup> или предлог за спровођење посебне или ванредне ревизије<sup>685</sup> могу поднети само акционари који поседују 5%, односно 10% акција са правом гласа. Са друге стране, у односу на већину осталих права акционара, а међу која се убраја и право на подношење деривативне тужбе, ЗПД прописује да је право доступно акционарима који поседују акције које представљају одређени проценат основног капитала друштва.<sup>686</sup> У односу на прву категорију права, јасно је да она по правилу нису доступна власницима преференцијалних акција, с обзиром на то да имаоци преференцијалних акција у редовним околностима немају право гласа, већ само у посебним околностима.<sup>687</sup>

За случај када постоји сувласништво над акцијама или уделима ЗПД садржи посебна правила о вршењу радњи према друштву од стране сувласника, те прописује да је одређене радње дозвољено предузети само преко пуномоћника. Наиме, чл. 153 ст. 2 ЗПД је прописано да сувласници удела право гласа по основу удела остварују преко једног заједничког пуномоћника, о чијем идентитету су дужни да обавесте друштво, док је чл. 256 ст. 3 ЗПД прописано да сувласници акције остварују право гласа и право на приступ актима и документима друштва само преко заједничког пуномоћника који се одређује споразумом свих сувласника. У оба случаја закон прописује да до дана достављања друштву обавештења о именовану заједничког пуномоћника удео/акције сувласника неће се рачунати за потребе гласања и утврђивања кворума на скупштини чланова друштва и правне радње које друштво предузме према једном сувласнику имају дејство према свим

---

<sup>683</sup> Вид. чл. 253 ЗПД.

<sup>684</sup> ЗПД, чл. 337.

<sup>685</sup> ЗПД, чл. 456.

<sup>686</sup> На пример, ЗПД чл. 372, 472.

<sup>687</sup> Вид. ЗПД, чл. 255.

сувласницима.<sup>688</sup> ЗПД прописује да овлашћење које се даје пуномоћнику од стране акционара мора бити у писаном облику, док иста обавеза није прописана за сувласнике удела код друштва са ограниченом одговорношћу.<sup>689</sup> Имајући у виду наведено, потребно је утврдити (i) да ли сувласници акција/удела могу непосредно, без учешћа пуномоћника поднети деривативну тужбу и (ii) да ли деривативну тужбу може поднети пуномоћник, без или на основу изричитог овлашћења сувласника удела/акција.

У односу на прво питање, уочава се да ЗПД прописује да само радње гласања и приступа актима и документима друштва (последње само у случају акционарског друштва) морају бити предузете преко заједничког пуномоћника. Постојање спецификације радњи које морају бити предузете преко заједничког пуномоћника указује да све остале радње, између осталог и покретање судских поступака којима се захтева судска заштита права чланова друштва, могу бити предузете и непосредно од стране чланова друштва. За другачије тумачење не постоји основ у одредбама ЗПД којима се ово питање уређује. Наиме, уколико би важила претпоставка да све радње сувласника удела/акција морају бити предузете од стране пуномоћника, не би постојала потреба да у случају акционарског друштва закон изричито нагласи да и радња приступа актима и документима друштва може бити предузета само преко заједничког пуномоћника. Отуда се изводи закључак да сувласници акција/удела имају право да непосредно поднесу деривативну тужбу, што укључује и овлашћење на подношење претходног захтева друштву. Ипак, непосредно подношење деривативне тужбе од стране сувласника може довести до настанка спора, уколико не постоји сагласност сувласника о подношењу тужбе. У том случају се поставља питање да ли противљење једног сувласника може спречити подношење деривативне тужбе. Имајући у виду да ово питање није регулисано законом, у будућности би требало изричито прописати на који начин се решава проблем ове врсте. У овом тренутку, одговор би требало потражити у општим правилима о сусвојини из Закона о основама својинско правних односа. У том погледу, у зависности од претходне квалификације радње подношења деривативне тужбе, односно да ли се подношење деривативне тужбе може сматрати

---

<sup>688</sup> ЗПД, чл. 153 ст. 6, 256 ст. 8.

<sup>689</sup> Вид. ЗПД, чл. 153. ст. 3, 256 ст. 4, 5.



као радња редовног или ванредног управљања ствари,<sup>690</sup> за подношење деривативне тужбе би била потребна сагласност већине сувласника или сагласност свих сувласника.<sup>691</sup> Једногласност свих сувласника акција/удела за подношење деривативне тужбе била би неопходна уколико се радња подношења деривативне тужбе квалификује као радња изван оквира редовног управљања акцијама/уделима у смислу Закона о основама својинско правних односа. Са друге стране, уколико би се радња подношења деривативне тужбе квалификовала као радња редовног управљања акцијама/уделима, за подношење деривативне тужбе била би довољна „сагласност сувласника чији делови заједно чине више од половине вредности ствари“. Полазећи од правне природе деривативне тужбе, као и појма ванредног управљања ствари из Закона о основама својинско правних односа у коме се под појмом ванредног управљања подразумевају само радње отуђења или оптерећења ствари која је у режиму сусвојине,<sup>692</sup> подношење деривативне тужбе требало би квалификовати као радњу редовног управљања ствари, јер не представља радњу којом се ограничавају права која остали сувласници имају над акцијама/уделима. Уколико на пример постоје три акционара који су сувласници акција које представљају 6% основног капитала друштва са једнаким уделима, примена наведених правила би подразумевала да је сагласност два акционара довољна за подношење деривативне тужбе, док би се за оцену постојања активне легитимације узела вредност свих акција, јер у овом случају сувласници по закону могу да предузму радњу управљања која има дејство на целу ствар у режиму сусвојине. Потребно је напоменути да би примена наведеног правила у случају да постоје два сувласника са једнаким уделима власништва над акцијама/уделима довела до исхода да противљење једног сувласника подношењу деривативне тужбе спречава другог сувласника да поднесе тужбу, јер не би било могуће остварити услов да постоји сагласност чланова чији удео представља више од половине вредности акција/удела.<sup>693</sup>

---

<sup>690</sup> Закон о основама својинско правних односа, *Службени лист СФРЈ*, бр. 6/80 и 36/90, *Службени лист СРЈ*, бр. 29/96 и *Службени гласник РС*, бр. 115/2005 – др. закон), чл. 15.

<sup>691</sup> Закон о основама својинско правних односа, чл. 15 ст. 2,4.

<sup>692</sup> О појму редовног и ванредног управљања сусвојином и потешкоћама у утврђивању ових појмова вид. Обрен Станковић, Миодраг Орлић, *Стварно право*, Номос, Београд 2001<sup>9</sup>, 152-154.

<sup>693</sup> Закон о основама својинско правних односа у чл. 15 ст. 3 прописује да уколико се не постигне сагласност, а предузимање посла је неопходно за редовно одржавање ствари, о томе одлучује суд, које правило би тешко могло да се примени у случају деривативне тужбе.

Када је реч о томе да ли пуномоћник може поднети деривативну тужбу без или на основу изричитог овлашћења сувласника, одговор се такође налази у општим правилима, у овом случају облигационог права. Наиме, овлашћење пуномоћника сувласника акција/удела на предузимање радњи према друштву требало би да се заснива на издатом пуномоћју које по својој садржини може бити опште<sup>694</sup> или посебно.<sup>695</sup> Опште пуномоћје би подразумевало да заједнички пуномоћник може предузимати само радње у односу на које ЗПД прописује да морају бити предузете преко заједничког пуномоћја, док би издавање посебног пуномоћја подразумевало да заједнички пуномоћник може предузети и додатне радње на које је изричито овлашћен. Имајући у виду наведено, уколико у пуномоћју, које сувласници акција/удела издају заједничком пуномоћнику, није наведено да пуномоћник у име чланова друштва може поднети деривативну тужбу, у том случају заједнички пуномоћник чланова друштва не може поднети тужбу без посебног овлашћења, јер подношење деривативне тужбе само по себи не представља радњу која се предузима у оквиру редовних активности чланова друштва. На овом месту је потребно указати да појам редовног пословања из Закона о облигационим односима није идентичан појму редовног управљања из Закона о основама својинско правних односа, јер Закон о облигационим односима акценат ставља на учесталост и садржину радњи које се предузимају у оквиру редовног пословања, док Закон о основама својинско правних под појмом радњи редовног управљања подразумева радње које не могу довести до ограничења права сувласника. Деривативна тужба не може довести до ограничења права сувласника, односно чланова друштва, из ког разлога би требало да представља радњу редовног управљања ствари, док са друге стране по правилу не представља радњу која се предузима у оквиру редовних активности чланова друштва, те не може бити предузета на основу општег, већ само посебног пуномоћја. Такође, потребно је нагласити да издавање овлашћења заједничком пуномоћнику на подношење деривативне тужбе у првом реду се односи на радњу подношења претходног захтева друштву. Имајући у виду да ЗПД прописује да се претходни захтев подноси у писаној форми, на основу чл. 90 Закона о облигационим односима проистиче да и овлашћење за подношење деривативне тужбе мора бити

---

<sup>694</sup> ЗОО, чл. 91. ст. 2: „Пуномоћник коме је дато опште пуномоћје може предузимати само правне послове који долазе у редовно пословање“.

<sup>695</sup> ЗОО, чл. 91. ст. 3: „Посао који не долази у редовно пословање може пуномоћник предузети само ако је посебно овлашћен за предузимање тог посла, односно врсте послова међу које он спада“.

дато у писаном облику, иако ЗПД у случају друштва са ограниченом одговорношћу не захтева да пуномоћје мора бити дато у писаној форми.<sup>696</sup> Са друге стране, у односу на радњу подношења деривативне тужбе суду, заједнички пуномоћник може бити овлашћен на предузимање ове радње, само уколико према општим правилима Закона о парничном поступку може имати својство пуномоћника у поступку.<sup>697</sup> Уколико то није случај, сувласници акција/удела би морали да именују новог пуномоћника у складу са општим правилима парничног поступка или би се могло тумачити да је пуномоћник именован од стране чланова овлашћен да именује пуномоћника који може заступати чланове у судском поступку.

Када је реч о неслагању између регистрованог и стварног стања у погледу лица које има статус члана друштва, одредбе ЗПД јасно упућују на закључак да је за подношење деривативне тужбе легитимисан члан друштва који је у том својству уписан у одговарајући регистар, без обзира да ли у тренутку подношења тужбе постоји уговор или други правни посао којим се право на акцијама/уделима преноси на треће лице. Наиме, чл. 143 ЗПД прописује да својство члана друштва са ограниченом одговорношћу стиче се и престаје даном регистрације одређене промене у складу са законом о регистрацији. Такође, чл. 249 ст. 1 ЗПД прописује да се акционаром у односу према акционарском друштву и трећим лицима сматра лице које је као законити ималац акције уписано у Централни регистар, а дан уписа у Централни регистар јесте дан стицања акције. Дакле, на основу цитираних одредби закона проистиче да је за потребе оцене постојања активне легитимације једино меродавно регистровано стање у тренутку подношења деривативне тужбе суду. Истовремено цитиране одредбе закона упућују на закључак да по питању стицања власништва над акцијама/уделима, регистрација има конститутивно дејство. У том погледу уколико би деривативна тужба била поднета од стране лица које има основ стицања акција/удела, али није у том својству уписано у надлежни регистар, суд би тужбу требало да одбаци. У околностима када је тужбу поднело лице које је регистровано као члан друштва, а касније током поступка у регистру дође до

---

<sup>696</sup> ЗОО, чл. 90: „Форма прописана законом за неки уговор или који други правни посао важи и за пуномоћје за закључење тог уговора, односно за предузимање тог посла“. У односу на акционарско друштво ЗПД прописује да потписи на пуномоћју морају бити оверени, вид. ЗПД, чл. 256 ст. 5.

<sup>697</sup> ЗПП, чл. 85 ст. 2: „Пуномоћник физичког лица може бити адвокат, крвни сродник у правој линији, брат, сестра или брачни друг, као и представник службе правне помоћи јединице локалне самоуправе који је дипломирани правник са положеним правосудним испитом“.

промене власништва, на основу правног посла који је постојао у тренутку подношења деривативне тужбе, ова чињеница би имала једнако дејство, као у случају да је правни основ за пренос власништва настао након подношења тужбе, о чему ће бити речи у оквиру процесно правне анализе деривативне тужбе. За разлику од тренутно важећег закона, ЗПД 2004 је прописивао да се чланом друштва са ограниченом одговорношћу сматра лице које је у том својству уписано у књигу удела,<sup>698</sup> а не регистар привредних субјеката, те је за оцену постојања активне легитимације за подношење деривативне тужбе била меродавна искључиво књига удела. Имајући у виду наведено закључује се да су опште одредбе о дејству регистрације и стицању својства члана друштва веома значајне за примену деривативне тужбе.

На крају, када је реч о индиректном држању акција, поменута одредба чл. 249 ЗПД јасно указује да само акционар у формалноправном смислу (уписан у надлежни регистар) има активну легитимацију за подношење деривативне тужбе, те да стварни акционар за чији рачун се држе акције нема овлашћење за подношење деривативне тужбе. Имајући у виду наведено деривативна тужба представља још један сегмент компанијског права у којем је изостала адекватна заштита стварних акционара.

У литератури се под појмом индиректно држање акција подразумева „ситуација у којој инвеститор држи акције преко финансијског посредника коме правни систем признаје својство акционара у формалноправном смислу, при чему инвеститор акције држи и администрира за рачун инвеститора, односно стварног акционара“.<sup>699</sup> Између стварног акционара и друштва може постојати само један, али и неколико финансијских посредника, у ком случају се веза између стварног акционара и друштва још теже успоставља.<sup>700</sup> Основни проблем који се јавља код индиректног држања акција јесте на који начин обезбедити да стварни акционар, који је једини носилац економског ризика/интереса у вези са акцијама, учествује у управљању компанијом.<sup>701</sup> Потреба заштите стварних акционара код индиректног

---

<sup>698</sup> ЗПД 2004, чл. 120.

<sup>699</sup> Мирјана Радовић, „Ограничена заштита стварних акционара према Директиви ЕЗ о правима акционара: шта очекивати од права Србије?“, у: Вук Радовић (ур.), *Усклађивање пословног права Србије са правом Европске уније – 2011*, Београд 2011, 185.

<sup>700</sup> *Ibid.*, 186.

<sup>701</sup> *Ibid.*, 187-189.

држања акција је актуелна већ неколико деценија, посебно из разлога јер је уочено да је индиректно држање акција све више заступљено у пракси. Европска унија је препознала овај проблем, те је у Директиви о правима акционара из 2007. године (2007/36/EЗ) у чл. 13 регулисала одређени сегмент проблема укључивања стварног акционара у управљање компанијом. Директива о правима акционара измењена је 17.05.2017. године, доношењем Директиве 2017/828 о подстицању дугорочног учешћа акционара, а које измене су обухватиле и проблематику заштите стварних акционара. По угледу на Директиву о правима акционара и ЗПД у чл. 348 такође регулише ову проблематику, али се у оба случаја заштита стварног акционара своди само на могућност гласања на скупштини друштва.<sup>702</sup> Неспорно је да заштита стварног акционара само у сегменту остваривања права гласа на скупштини друштва није довољна, јер постоји широк спектар других права акционара која у систему индиректног држања акција нису доступна стварним акционарима који су једини носиоци економског ризика.<sup>703</sup> Недовољна заштита стварних акционара која је тренутно присутна у законодавству је посебно проблематична у случају деривативне тужбе, али и осталих права акционара која се остварују судским путем, те би у будућности законодавац морао да посвети посебну пажњу овом питању и дозволи стварним акционарима укључивање у процес утицања на управљање компанијом. У основи, једино питање које је потребно решити у циљу адекватне заштите стварних акционара и омогућавања права на подношење деривативне тужбе јесте на који начин се доказује статус стварног акционара и самим тим активна легитимација у поступку. Иако је тренутно неспорно да заштита стварних акционара није адекватно регулисана у српском праву, потребно је напоменути да у пракси привредни судови, можда и несвесно, ипак пружају одређену заштиту стварним акционарима, која није у складу са изричитим одредбама ЗПД. Наиме, у судским поступцима поводом заштите права несагласних акционара судови признају активну легитимацију стварним акционарима, чак и без улажења у посебан поступак доказивања да је заиста реч о стварним акционарима за чији рачун је финансијски посредник уписан у Централни регистар хартија од вредности држао акције друштва које су предмет откупа. Овакво поступање судова иако је у складу са општом идејом о заштити интереса стварних акционара, супротно је важећим одредбама закона које

---

<sup>702</sup> *Ibid.*, 195, 199.

<sup>703</sup> *Ibid.*, 188.

активну легитимацију за остваривање свих права акционара (осим права гласа) признају само финансијском посреднику, али не и стварном акционару. Све наведено у крајњем исходу представља још један доказ да је заштиту стварних акционара у српском праву потребно додатно побољшати.

### 3.3. Тужени код деривативне тужбе

У односу на питање ко може бити тужени код деривативне тужбе, правна теорија и пракса немају веће дилеме, јер се круг тужених директно утврђује на основу претходно дефинисаног материјалног домена деривативне тужбе у сваком конкретном праву. Имајући у виду наведено, правна теорија готово и да се не бави појмом туженог код деривативне тужбе, јер се *a priori* полази од тога да су то увек директори друштва, а у зависности од конкретног права кругу тужених код деривативне тужбе се могу прикључити и друга лица. Отуда, излагања у овом делу неће бити усмерена на критичко преиспитивање круга лица која могу бити тужена деривативном тужбом, већ ће бити усмерена на анализу позитивно правних решења у српском праву.

Потребно је напоменути да се пасивна легитимација у поступку по деривативној тужби заснива на одређеном својству туженог у друштву које је постојало у тренутку када је предузета радња која представља основ за подношење деривативне тужбе. Истовремено ово правило подразумева да се пасивно легитимисана лица не могу ослободити одговорности према друштву формалним престанком одређеног својства у друштву. Дакле, за разлику од активне легитимације за подношење деривативне тужбе, у односу на коју је релевантно постојање својства члана друштва у тренутку подношења тужбе, па закључно са тренутком окончања поступка, за потребе утврђивања пасивне легитимације потребно је утврдити чињенично стање које постоји у претходном периоду, а што утврђивање пасивне легитимације у поступку по деривативној тужби чини сложенијим у односу на утврђивање активне легитимације, која се може утврдити без већих потешкоћа.

Поред наведеног, још један сегмент компанијског права може отежати утврђивање пасивне легитимације у поступку по деривативној тужби, а то је разлика између стварних и регистрованих података, нарочито уколико на месту туженог

треба да се нађу директори друштва. Наиме, могуће је да, у тренутку када се догодила спорна радња, постоји одлука друштва о именовану директора, али да одлука није регистрована код Агенције за привредне регистре. У наведеним околностима поставља се питање да ли је материјално правно одговоран (а самим тим и процесно легитимисан) директор који је уписан у регистар или директор који је на функцију постављен одлуком друштва, али која још увек није регистрована. У том погледу потребно је подсетити на изложени пример са почетка рада у коме су судови, у одсуству изричите регулативе ЗПД 2004, сматрали да је пасивно легитимисано лице које је као директор друштва уписано у регистар.

Код овог питања значајна је подела на врсте регистрације код Агенције за привредне регистре (декларативна и конститутивна),<sup>704</sup> као и подела на интерно и екстерно дејство одлука друштва. Када је реч о дејству регистрације директора друштва, обично се сматра да регистрација има деклараторно дејство. Ово схватање би требало да је неспорно у односу на друштво са ограниченом одговорношћу, с обзиром на околност да ЗПД прописује да ако у одлуци о именовану није одређено другачије, мандат директора почиње даном доношења одлуке о именовану.<sup>705</sup> Са друге стране ЗПД за акционарска друштва не садржи изричиту одредбу по овом питању, али се систематским тумачењем закона може закључити да и у овом случају регистрација има деклараторно дејство, јер ЗПД прописује да ако директор у току трајања мандата престане да испуњава услове да буде директор друштва, сматра се да му је престао мандат даном престанка испуњености тих услова,<sup>706</sup> затим да оставка производи дејство у односу на друштво даном подношења, осим ако у њој није наведен неки каснији датум.<sup>707</sup> Уколико би се узело у обзир само правило о правном дејству уписа у регистар привредних субјеката, дошло би се до закључка да у ситуацији када је у својству директора уписано једно лице, а постоји одлука друштва о именовану другог лица, пасивно легитимисано лице би било оно које је одлуком друштва именовано за директора. Међутим, у случају деривативне тужбе, а посебно када је реч о повреди посебних дужности према друштву, поставља се питање да ли је довољно узети у обзир само правила о правном дејству регистрације, или је потребно узети у обзир и разликовање на интерно (према

---

<sup>704</sup> М. Васиљевић (2013а), 87.

<sup>705</sup> ЗПД, чл. 219 ст. 3.

<sup>706</sup> ЗПД, чл. 394 ст. 2.

<sup>707</sup> ЗПД, чл. 396 ст. 3.

друштву) и екстерно (према трећим лицима) дејство одлука друштва.

Наиме, уколико је одређено лице регистровано као директор и у том својству је предузело одређену радњу, а истовремено постоји одлука друштва о именовању другог лица на исту функцију, обухватање тужбом новоименованог директора нема много смисла, јер није реч о лицу које је предузело радњу повреде. Имајући у виду наведено, код деривативне тужбе је посебно потребно правити разлику између радњи повреде које могу постојати само уз учешће трећих лица и штетних радњи које могу постојати и без укључивања трећег лица. Уколико је чињеница да је одређено лице регистровано као директор омогућила да оно учини радњу повреде дужности према друштву, тада би требало дозволити да се на месту туженог нађе лице које је учинило радњу повреде (тада би се могло рећи и да је реч о конклюдентном заступнику из чл. 32 ст. 2 ЗПД). То ће најчешће бити случај када регистровани директор предузме штетну радњу за чије предузимање је било неопходно учешће трећих лица која су се поуздала у регистроване податке, у складу са одредбама ЗПД.<sup>708</sup> Алтернатива датом тумачењу може бити и да увек постоји само одговорност лица које је одлуком друштва постављено на функцију директора, јер је оно својим пропуштањем омогућило злоупотребу регистрованих података о заступницима друштва од стране претходног директора. На сличан начин, уколико је одређено лице регистровано као директор, а новоименовани директор учини радњу повреде, јер се у том својству пред трећим лицем легитимисао презентовањем одлуке о именовању, пасивно легитимисан би требало да буде новоименовани, а не регистровани директор. Са друге стране, уколико је одређено лице регистровано у својству директора друштва, иако је одлуком друштва разрешено или је дало оставку, а спорна радња није настала као последица чињенице да је оно и даље регистровано као директор друштва (на пример, након давања оставке директор отпочне са ангажовањем у конкурентном друштву), тада би требало сматрати да оно није одговорно према друштву, по основу повреде дужности, већ евентуално по општим правилима, а које тумачење подразумева да против овог лица деривативна тужба не би била дозвољена.

Међутим, у свим наведеним ситуацијама спор око постојања пасивне легитимације би вероватно било тешко решити применом одредби процесног права, већ би било неопходно упустити се у меритум спора. Другим речима, спор се не

---

<sup>708</sup> ЗПД, чл. 6.



односи на питање да ли одређено лице може имати статус туженог у поступку по деривативној тужби, већ да ли је материјално правно одговорно према друштву.

На крају, потребно је поменути да сличан проблем може постојати и у односу на чланове друштва, који такође могу бити тужени деривативном тужбом, међутим како је наведено у претходним излагањима, ЗПД изричито прописује да упис у надлежни регистар по питању чланства у друштву има конститутивно дејство, те самим тим оцена постојања (стварне и процесне) легитимације морала бити изведена у складу са одредбама ЗПД.

### *3.3.1. Управа друштва и друга лица овлашћена за заступање*

У српском праву постоје три основа одговорности чланова управе за штету проузроковану друштву, а то су (i) повреда посебних дужности, (ii) прекорачење овлашћења за заступање и (iii) повреда правила о располагању имовином велике вредности.<sup>709</sup> Поред наведеног, директори друштва са ограниченом одговорношћу могу заједно са члановима друштва бити солидарно одговорни према друштву због повреде правила о ограничењима плаћања, уколико су одобрили недозвољене уплате члановима друштва.<sup>710</sup> У овом случају није реч о одговорности за накнаду штете, већ о одговорности за повраћај неосновано плаћених износа члановима друштва.

Међутим, иако постоји више основа имовинске одговорности чланова управе према друштву, предмет тужбеног захтева по деривативној тужби може бити само законом прописана имовинскоправна санкција због повреде посебних дужности према друштву.

Имајући у виду наведено, у овом случају круг пасивно легитимисаних лица код деривативне тужбе утврђује се на основу чл. 61 ст. 1 тач. 4 ЗПД којим је прописано да у круг пасивно легитимисаних лица спадају (i) директори, (ii) чланови надзорног одбора, (iii) заступници и (iv) прокуристи. У том погледу закључује се да круг пасивно легитимисаних лица која могу бити тужена деривативном тужбом није ограничен само на управу друштва (директоре), већ и на друга лица која имају овлашћења да предузимају радње у име и за рачун друштва (заступнике и

<sup>709</sup> Ј. Величковић (2013), 53, 82, 87.

<sup>710</sup> ЗПД, чл. 185 ст. 3.

прокуристе), а који не улазе у садржину појма управе друштва.

### 3.3.1.1. Директори

Директор друштва у смислу чл. 61 ЗПД као правна категорија постоји само у друштвима капитала, без обзира да ли је управљање друштвом уређено као једнодомно или дводомно. Међутим, институт директора друштва је по два основа другачије уређен у друштву са ограниченом одговорношћу у односу на акционарско друштво. Прво, код друштва са ограниченом одговорношћу директор друштва је увек инокосни орган, те уколико друштво има више од једног директора не долази до формирања одбора директора као колективног органа.<sup>711</sup> Друго, у случају друштва са ограниченом одговорношћу ЗПД не познаје различите категорије директора, као што је то случај са акционарским друштвом, већ сви директори имају положај законског заступника друштва и идентичан положај уређен законом и интерним актима друштва.<sup>712</sup> Са друге стране, у случају акционарског друштва директор може бити самосталан орган управљања, али може чинити и део одбора директора, у случају једнодомног управљања.<sup>713</sup> Додатно, закон познаје различите врсте директора, међу којима се издваја подела на извршне и неизвршне директоре.<sup>714</sup> Поред наведеног, закон познаје и појам независног директора, као и појмове генералног директора и председника одбора директора.<sup>715</sup> У основи све врсте директора се могу поделити у две групе, једну коју чине извршни директори који су задужени за вођење свакодневног пословања друштва и који једини по закону имају положај законског заступника друштва и другу групу коју чине неизвршни и независни директори чија је основа функција контрола рада извршних директора.<sup>716</sup> Управо због постојања различитих врста директора код акционарских друштва у литератури се већ дуже време расправља о томе да ли директори који су задужени само за контролу пословања друштва треба да буду изложени

---

<sup>711</sup> ЗПД, чл. 218 ст. 1.

<sup>712</sup> ЗПД, чл. 218-227.

<sup>713</sup> ЗПД, чл. 383 ст. 2, 427-429.

<sup>714</sup> Вук Радовић, „Пут ка независном управном одбору“, *Правни живот* 12/2008, 74.

<sup>715</sup> Генерални директор се у оба модела управе бира из реда извршних директора овлашћених за заступање. Председник одбора директора може бити како извршни, тако и неизвршни директор (осим код јавних акционарских друштава када то мора бити неизвршни директор). Вид. ЗПД, чл. 389, 392, 400 ст. 1, 2, 423.

<sup>716</sup> В. Радовић (2011б), 24.

деривативној тужби на исти начин, као и извршни директори који једини доносе одлуке у име друштва, по ком основу имају већа овлашћења.<sup>717</sup> Иако се не може оспорити легитимитет ове расправе, када је у питању српско право нема основа да се одговорност директора разликује у односу на садржину функције која се обавља у друштву, али свакако природа функције и круг послова које потенцијални тужени обавља у друштву би требало да имају утицаја приликом утврђивања постојања кривице као услова одговорности према друштву.

#### 3.3.1.2. Чланови надзорног одбора

Чланови надзорног одбора као пасивно легитимисана лица код деривативне тужбе могу постојати само уколико је управљање друштвом капитала организовано као дводомно. Чланови надзорног одбора иако несумњиво чине део органа управљања друштва по ЗПД не спадају у појам директора друштва, чиме је законодавац нагласио посебну улогу коју чланови надзорног одбора имају у систему управљања друштвом.<sup>718</sup>

#### 3.3.1.3. Заступници друштва

Поред директора и чланова надзорног одбора, који представљају органе управљања друштава капитала, у круг пасивно легитимисаних лица код деривативне тужбе спадају и друга лица која имају статус заступника друштва, те је у овом случају потребно прецизирати која лица, поред органа управе, такође могу бити тужена деривативном тужбом.

ЗПД познаје две врсте заступника, а то су законски, односно статутарни заступници и остали заступници.

Под појмом законски (статутарни) заступник друштва подразумева се лице које је у том својству одређено за сваку појединачну форму друштва.<sup>719</sup> Када је реч о друштвима лица, то су сви ортаци и комплементари, осим уколико оснивачким актом није другачије прописано.<sup>720</sup> Када је реч о друштвима капитала, то су сви

---

<sup>717</sup> У америчкој пракси тужбе против неизвршних директора углавном имају форму деривативне тужбе. Вид. В. Black, В. Cheffins, М. Klausner, *Outside Director Liability* (2006), 1089, В. Black, В. Cheffins, М. Klausner, *Outside Director Liability* (2003), 66.

<sup>718</sup> ЗПД, чл. 432, 441.

<sup>719</sup> ЗПД, чл. 31.

<sup>720</sup> ЗПД, чл. 111, 131.

директори друштва са ограниченом одговорношћу, односно сви извршни директори или чланови извршног одбора код акционарског друштва, осим уколико је оснивачким актом, односно статутом другачије прописано. Код друштва капитала, тумачење појма законског заступника друштва не доводи до проширивања круга пасивно легитимисаних лица, јер законски заступници друштва капитала имају статус директора, који су претходно већ наведени као лица која имају посебне дужности према друштву.<sup>721</sup>

Под појмом остали заступници ЗПД најпре подразумева лица која су актом или одлуком надлежног органа друштва овлашћена да заступају друштво и као таква регистрована у складу са законом.<sup>722</sup> У другом реду, ЗПД под појмом остали заступници подразумева и лице које у континуитету поступа као заступник друштва на начин којим трећа лица доводи у уверење да има право на заступање, при чему друштво прихвата заступање од наведеног лица. У овом случају ЗПД прописује правну фикцију да је друштво конклюдентно овластило одређено лице на заступање, осим ако друштво не докаже да је треће лице знало или морало знати за непостојање овлашћења за заступање тог лица.<sup>723</sup> На крају, у делу ЗПД којим се регулишу заступници друштва, наводе се и пуномоћници по запослењу.<sup>724</sup>

Имајући у виду наведено, дилема која може постојати јесте да ли сва наведена лица имају посебне дужности према друштву и самим тим могу бити тужена код деривативне тужбе. Другим речима, спорно је да ли поред законских заступника друштва и остали заступници (укључујући и конклюдентног заступника), као и пуномоћници по запослењу спадају у круг пасивно легитимисаних лица код деривативне тужбе.

Систематским тумачењем одредби ЗПД закључује се да је интенција законодаваца била да успостави шири круг пасивно легитимисаних лица у односу на посебне дужности према друштву, а самим тим и деривативну тужбу, јер су као лица која имају посебне дужности према друштву изричито наведени и директори

---

<sup>721</sup> ЗПД, чл. 221, 388, 422.

<sup>722</sup> ЗПД, чл. 32 ст. 1.

<sup>723</sup> ЗПД, чл. 32 ст. 2.

<sup>724</sup> ЗПД, чл. 34 ст. 1: „Лица која као запослени у друштву раде на пословима чије обављање у редовном пословању укључује и закључење или испуњење одређених уговора или предузимање других правних радњи, овлашћена су да као пуномоћници друштва закључују и испуњавају те уговоре, односно предузимају те правне радње у границама послова на којима раде без посебног пуномоћја“.

друштва и заступници друштва, што не би био случај да се законодавац определио за само један од два наведена термина, који се у највећем броју случајева схватају као синоними.

Наиме, у случају акционарских друштава постоје врсте директора који немају статус заступника друштва (неизвршни и независни директори). Такође, у односу на појам заступника друштва, постоје врсте заступника који немају положај директора друштва. На првом месту, то су законски заступници друштава лица, који увек долазе из реда чланова друштва,<sup>725</sup> а затим остали заступници и пуномоћници по запослењу. На тај начин се закључује да је законодавац посебним навођењем директора и заступника друштва имао намеру да у круг пасивно легитимисаних лица укључи све наведене категорије субјеката. Посебно, када је реч о заступницима друштва не би требало да буде спорно да су у круг пасивно легитимисаних лица укључени остали заступници и пуномоћници по запослењу јер су обе правне категорије регулисане у оквиру тачке 6.1. ЗПД која носи назив „Заступници“. Ипак, у теорији постоје и мишљења да би се циљним тумачењем могло доћи до закључка да пуномоћници по запослењу нису обавезници посебних дужности,<sup>726</sup> те уколико би се прихватило наведено тумачење, ова врста субјеката не би могла имати статус туженог у поступку по деривативној тужби.

#### 3.3.1.4. Прокуристи

Прокуриста представља лице коме је издато пословно пуномоћје за предузимање радњи у име и за рачун друштва у складу са чл. 35-37 ЗПД.

#### *3.3.2. Власници капитала*

Чланови друштва могу бити тужени код деривативне тужбе, по свим основама који представљају објективни домен примене деривативне тужбе у српском праву – повреда посебних дужности према друштву, повреда правила о ограничењима плаћања и искључење члана друштва са ограниченом одговорношћу одлуком суда.

---

<sup>725</sup> ЗПД, чл. 111, 131.

<sup>726</sup> Вид. Борко Михајловић, *Дужност лојалности према привредном друштву*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу 2017, 96.

У односу на посебне дужности према друштву потребно је указати да не могу сви чланови друштва бити тужени деривативном тужбом, већ само чланови друштва који имају посебне дужности према друштву, а то су у случају друштва капитала, чланови/акционари који имају значајно капитал учешће у друштву<sup>727</sup> или статус контролног члана друштва.<sup>728</sup> Такође, у односу на посебне дужности према друштву, чланови друштва не могу бити тужени путем деривативне тужбе због повреде дужности пажње, јер је дужност пажње искључена у односу на све чланове друштва (осим уколико имају статус директора или заступника друштва).<sup>729</sup>

Када је реч о повреди правила о ограничењима плаћања, тужени путем деривативне тужбе могу бити само акционари који су примили недозвољену уплату од друштва, без обзира на конкретан положај који имају у друштву.<sup>730</sup> Такође, када је реч о искључењу члана друштва са ограниченом одговорношћу тужени путем деривативне тужбе може бити било који члан друштва у односу на кога су испуњени услови за искључење из друштва одлуком суда.<sup>731</sup>

### *3.3.3. Субјекти изван сфере привредног друштва*

Деривативна тужба је примарно усмерена ка санкционисању штетног понашања лица која имају одређене дужности према друштву. Међутим, у околностима када у предузимању штетних радњи учествују и трећа лица, која потичу изван правне сфере привредног друштва, ради постизања жељеног правног дејства деривативне тужбе (у смислу отклањања штетне последице по друштво) субјективни домен примене деривативне тужбе је неопходно проширити и на трећа лица која немају обавезу да поступају у интересу друштва, али су учесници правне радње којом се друштву наноси штета.

ЗПД је препознао ову потребу, те је прописао да у случају повреде дужности

---

<sup>727</sup> ЗПД, чл. 61 ст. 1 тач. 2, 3. Појам члана друштва капитала који има значајно учешће дефинисан је у чл. 62 ст. 3 ЗПД: „Значајно учешће у основном капиталу постоји ако једно лице, самостално или са другим лицима која са њим делују заједно, поседује више од 25% права гласа у друштву“.

<sup>728</sup> ЗПД, чл. 61 ст. 1 тач. 2,3. Појам члана друштва капитала који има статус контролног члана је дефинисан у чл. 62 ст. 4 ЗПД: „Сматра се да је одређено лице контролни члан друштва увек када то лице самостално или са повезаним лицима поседује већинско учешће у основном капиталу друштва.“

<sup>729</sup> ЗПД, чл. 63 ст. 1.

<sup>730</sup> ЗПД, чл. 275.

<sup>731</sup> ЗПД, чл. 196.

пријављивања послова и радњи у којима постоји лични интерес и повреде дужности избегавања сукоба интереса тужени у поступку по деривативној тужби могу бити и трећа лица, која потичу изван правне сфере привредног друштва. У оба случаја реч је о лицима која су укључена у радње које представљају основ за подношење тужбе, а која су непосредно повезана са лицем које има посебне дужности према друштву. Под појмом непосредно повезано лице подразумева се лице које је у законом дефинисаном личном односу са лицем које има дужности према друштву.<sup>732</sup> Поред наведеног, у случају повреде дужности пријављивања послова и радњи са личним интересом, пасивно легитимисано лице може бити и лице које је посредно повезано са прекршиоцем дужности. У овом случају потреба пријављивања правног посла или радње постоји када се закључују/предузимају са трећим лицем које је у финансијском односу са лицем које има дужност према друштву (или са њиме повезаним лицима) или из таквог посла/радње треће лице има економски интерес, а то треће лице је у финансијском односу са лицем које има дужност према друштву (или са њиме повезаним лицима), уз услов да се у оба претходно дефинисана случаја очекује утицај постојања финансијског односа лица које има дужност према друштву (или са њиме повезаним лицима) и трећег лица на поступање трећег лица као учесника одређеног правног посла или радње које предузима са друштвом.<sup>733</sup>

#### 3.3.3.1. Повреда дужности пријављивања послова и радњи у којима постоји лични интерес

Када је реч о дужности пријављивања послова и радњи у којима постоји лични интерес, ЗПД прописује две грађанско правне последице повреде дужности, које се могу захтевати у форми директне или деривативне тужбе, а то су поништај правног посла или радње у којима постоји лични интерес и накнада штете.<sup>734</sup> У односу на тужбу за поништај правног посла или радње у којима постоји лични интерес, деривативном тужбом може бити тужено лице које је прекршило дужност према друштву, али и треће лице које је посредно или непосредно повезано са прекршиоцем дужности уколико је учесник у спорном правном послу или радњи. Потребно је напоменути да могућност обухватања трећег лица тужбом за поништај

---

<sup>732</sup> Више вид. ЗПД, чл. 62, 65 ст. 3 тач. 1 и 2.

<sup>733</sup> Вид. ЗПД, чл. 65 ст. 3 тач. 3 и 4. Ј. Величковић (2013), 85.

<sup>734</sup> ЗПД, чл. 67.

правног посла или радње у којима постоји лични интерес није изричито предвиђена ЗПД, али се пасивна легитимација трећег лица у овом случају заснива на општим правилима облигационог права, јер не постоји друго лице које може имати статус туженог, уколико је спорни правни посао закључен између друштва и тог трећег лица. Ипак, ЗПД прописује да правни посао или радња у којима постоји лични интерес неће бити поништени уколико су закључени са трећим лицем које је посредно повезано са лицем које има посебне дужности према друштву, а при томе оно није знало нити је морало знати за постојање личног интереса у време закључења спорног правног посла или предузимања правне радње.<sup>735</sup> У овом случају реч је о својеврсном основу искључења одговорности, јер уколико је треће лице савесно не би постојали законом прописани услови за поништај правног посла или радње, што је механизам искључења разлога рушљивости непознат облигационом праву, које познаје само могућност конвалидације рушљивих уговора, али не и искључење постојања разлога рушљивости.<sup>736</sup> У том погледу, деривативна тужба за поништај правног посла или радње у којој је као тужени означено савесно треће лице које је посредно повезано са лицем које има посебне дужности према друштву је дозвољена, те је на трећем лицу терет доказивања да испуњава услов савесности и посредне повезаности са лицем које има посебне дужности према друштву. Са друге стране, када је правни посао закључен са лицем које је непосредно повезано са лицем које има посебне дужности према друштву, правни посао или радња могу бити поништени, без обзира на савесност тог трећег лица и у том делу ЗПД не прописује посебне основе искључења одговорности.

Са друге стране, када је реч о тужби за накнаду штете због повреде дужности пријављивања послова и радњи у којима постоји лични интерес, треће лице може бити солидарно одговорно са прекршиоцем дужности за накнаду штете која је проузрокована друштву, само уколико је реч о лицу које је непосредно повезано са лицем које има посебне дужности према друштву, без обзира на савесност трећег лица. Уколико је реч о трећем лицу које је посредно повезано са лицем које има посебне дужности према друштву, оно одговора за штету само уколико је несавесно.<sup>737</sup> У овом случају, реч је о основу искључења одговорности трећег

---

<sup>735</sup> ЗПД, чл. 67 ст. 4.

<sup>736</sup> Јаков Радишић, *Облигационо право (општи део)*, Номос, Београд 2004<sup>7</sup>, 175-177.

<sup>737</sup> ЗПД, чл. 67 ст. 3.



савесног лица које има материјално правну природу, односно реч је о чињеници која искључује кривицу као услов одговорности за штету коју је друштво претрпело закључењем спорног правног посла и која не утиче на дозвољеност тужбе која би се поднела против наведеног лица. Такође, савесност трећег лица има утицаја на постојање, а не обим одговорности за штету.<sup>738</sup>

Као закључак у односу на одговорност трећег лица због повреде посебне дужности пријављивања послова и радњи са личним интересом може се рећи да када је реч о непосредно повезаном лицу са носиоцем дужности, оно увек одговора према друштву, како у погледу истицања захтева за поништај правног посла, тако и у односу на захтев за накнаду штете. Са друге стране, када је реч о посредном повезаном лицу, оно ће бити изложено имовинској одговорности према друштву, само уколико не успе да докаже да је савесно, што у овом случају представља посебан основ искључења одговорности прописан ЗПД и који одступа од општих правила облигационог права.

#### 3.3.3.2. Повреда дужности забране избегавања сукоба интереса

Када је реч о повреди дужности избегавања сукоба интереса ЗПД такође прописује две грађанско правне последице, које могу да се захтевају у форми директне или деривативне тужбе због повреде ове дужности, а то су накнада штете и пренос на друштво користи која је остварена повредом дужности.<sup>739</sup> Поред лица које има посебне дужности према друштву, у круг пасивно легитимисаних лица због повреде ове дужности спадају и трећа лица која су непосредно повезана са лицем које има посебне дужности према друштву, при чему савесност ових лица није од значаја за постојање одговорности према друштву.

#### 3.3.3.3. Повреда дужности забране дужности конкуренције

Поред наведеног, ЗПД је до последњих измена закона на посредан начин прописивао још један основ по коме је треће лице могло бити обухваћено деривативном тужбом у својству туженог. Наиме, ЗПД је пре измена које су ступиле на снагу јуна 2018. године у чл. 76 прописивао да се тужба због повреде дужности забране конкуренције подноси против лица на која се ова дужност односи и није

---

<sup>738</sup> Вид. М. Караникић Мирић, 173.

<sup>739</sup> ЗПД, чл. 71.

изричито прописивао да трећа лица могу бити пасивно легитимисана у тужби због повреде посебне дужности забране конкуренције.<sup>740</sup> Међутим, ЗПД је прописивао да се тужбом због повреде дужности забране конкуренције, између осталог може захтевати пренос на друштво користи коју је конкурентно друштво остварило ангажовањем прекршиоца дужности, као и мера забране обављања делатности која се могла изрећи прекршиоцу дужности или конкурентном друштву.<sup>741</sup>

Имајући у виду наведено, закључује се да је ЗПД на посредан начин у круг пасивно легитимисаних лица због повреде дужности забране конкуренције укључио и конкурентно друштво. Изнети закључак се заснива на чињеници да тужбени захтев који је усмерен на конкурентно друштво, не би могао бити реализован без укључивања конкурентног друштва у парнични поступак у својству туженог, што је неспорно када је реч о санкцији преноса имовинске користи коју је конкурентно друштво остварило ангажовањем лица које је имало дужност забране конкуренције. У односу на меру забране обављања делатности потребно је указати да је ова врста правне последице повреде дужности забране конкуренције у односу на конкурентно друштво била веома спорна, с обзиром на околност да у српском праву мера забране обављања делатности представља заштитну меру која се може изрећи у поступку по привредном преступу, односно меру безбедности у кривичном поступку.<sup>742</sup> У том погледу је посебно било проблематично то што ЗПД за изрицање мере забране обављања делатности за конкурентно друштво није прописивао услов да је реч о конкурентном друштву које је знало за повреду дужности забране конкуренције или да је на било који други начин скривило повреду дужности, те је на тај начин постојала својеврсна објективна одговорност конкурентног друштва, што није било прихватљиво решење, нарочито имајући у виду озбиљност која наступа изрицањем мере забране обављања делатности (принудна ликвидација).<sup>743</sup> Олакшавајућа околност која је пратила овакав пропуст законодавца је чињеница да у пракси никада није изречена мера забране обављања делатности применом чл. 76 ЗПД, а брисање ове врсте правне последице кршења посебне дужности забране

---

<sup>740</sup> Закон о привредним друштвима, *Службени гласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 – др. закон и 5/2015, чл. 76.

<sup>741</sup> ЗПД, чл. 76.

<sup>742</sup> Закон о привредним преступима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 4/77, 36/77 – испр., 14/85, 10/86 (пречишћен текст), 74/87, 57/89 и 3/90 и *Службени лист СРЈ*, бр. 27/92, 16/93, 31/93, 41/93, 50/93, 24/94, 28/96 и 64/2001 и *Службени гласник РС*, бр. 101/2005 – др. закон, чл. 28.

<sup>743</sup> ЗПД, чл. 546.

конкуренције је добро решење законодавца.

Могућност да трећа лица буду тужена путем деривативне тужбе постоји и у упоредном праву. На пример, енглески Компанијски закон у чл. 260 прописује да деривативна тужба може бити поднета против директора друштва и било ког трећег лица.

#### *3.3.4. Запослени*

На крају, потребно је поменути да и запослени могу имати статус туженог у поступку по деривативној тужби, али само када је реч о повреди дужности чувања пословне тајне.

Наиме, ЗПД у чл. 72 ст. 1 изричито прописује да поред чланова и управе (лица из чл. 61 ЗПД) и запослени имају дужност чувања пословне тајне према друштву. Затим, у чл. 74 ЗПД је прописано да друштво против (свих) лица која имају ову дужност може поднети тужбу ради накнаде штете, а уколико је реч о члану друштва, тужбом се може захтевати и искључење из друштва. Имајући у виду наведено, те да одредба ЗПД којом се уређује деривативна тужба јасно упућује да члан друштва у своје име, а за рачун друштва може поднети и тужбу из чл. 74 ЗПД, неспорно је да и запослени припадају субјективном домену примене деривативне тужбе, када је реч о туженој страни.

### 3.4. Примена деривативне тужбе код друштава лица и друштава капитала

Веома значајна тема у области дефинисања субјективног домена примене деривативне тужбе јесте да ли има места примени тужбе у односу на све форме привредних друштава. У том смислу расправа о субјективном домену примене деривативне тужбе се може водити на два нивоа. Прво, да ли деривативна тужба треба да се примењује на све форме друштава капитала – јавна и нејавна друштва. Друго, да ли примена деривативне тужбе треба да се прошири и на друштва лица. Када је реч о томе да ли деривативна тужба треба да се примењује на све форме друштава капитала нема већих несугласица, јер упоредно право готово једногласно дозвољава примену деривативне тужбе како у односу на акционарска друштва, тако и у односу на друштва затвореног типа. Наравно постоје изузеци, као што је право

Сингапура, које искључује могућност примене деривативне тужбе у односу на акционарска друштва чије се акције котирају на берзи, те се деривативна тужба примењује само на друштва затвореног типа.<sup>744</sup> Међутим, опште прихваћен став праксе и литературе јесте да је деривативна тужба потребна како јавним акционарским друштвима, тако и друштвима затвореног типа.<sup>745</sup> Потребно је указати да се у литератури деривативна тужба углавном везује за акционарска друштва, што се не може прихватити као опште правило, које би важило у свим правима. У доступној пракси српских судова деривативна тужба је била примењивана првенствено код друштава са ограниченом одговорношћу.

Много озбиљнија дилема која у овом случају постоји јесте да ли има места примени деривативне тужбе код друштава лица. О овој теми није толико било речи у литератури, те се ретко могу пронаћи јасни аргументи који говоре у прилог или против примене деривативне тужбе код друштава лица.

На почетку излагања о овој теми потребно је указати да појам „друштва лица“ није једноставно дефинисати, јер у упоредном праву постоје различите категорије друштава које се класификују као друштва лица. Српско право познаје две форме друштава лица – ортачко друштво и командитно друштво, чија је основна карактеристика неограничена одговорност чланова за обавезе друштва (изузев командитора код командитног друштва),<sup>746</sup> док англосаксонско и немачко право познају и трећу форму друштава лица, код које у складу са законом дефинисаним условима постоји ограничена одговорност свих чланова друштва.<sup>747</sup> Друштва лица се по много чему разликују од друштава капитала, из ког разлога није у потпуности беспредметно расправљати о томе да ли има места примени деривативне тужбе и код друштава лица. Идеја о потреби примене деривативне тужбе и у односу на друштва лица настала је у америчком праву током 20. века и представљала је део шире расправе о томе ко је овлашћен да поднесе било коју тужбу у име друштва лица, јер у закону то питање није било изричито решено.<sup>748</sup> Полазећи од ученог проблема теорија је формирала неколико могућности, а једна од њих је била да

---

<sup>744</sup> A. Reisberg (2007), 178.

<sup>745</sup> *Ibid.*, 183.

<sup>746</sup> ЗПД, чл. 8, 93, 125; М. Васиљевић (2013а), 151, 174.

<sup>747</sup> A. Cahn, D. Donald, 26.

<sup>748</sup> A. Bromberg (1991), 2. Идентично питање се постављало и у односу тужбе које се подносе према друштву и његовим члановима, вид. Alan R. Bromberg, „Enforcement of Partnership Obligations – Who is Sued for the Partnership“, *Nebraska Law Review* Vol. 71, Iss. 1 1992, 144-191.

деривативна тужба буде општа тужба коју чланови друштва могу да поднесу како би остварили право друштва, било да је усмерено ка трећим лицима или члановима друштва.<sup>749</sup> Деривативна тужба је била понуђена као једно од решења са циљем да се обезбеди заштита права друштва, без сагласности већине или свих чланова, која је обично била потребна када је реч о тужбама друштва.

У вези са последње наведеним, потребно је указати да када је реч о одговорности чланова друштва лица за штету проузроковану друштву, англосаксонско право је на сличан начин као и данашње српско право, разликовало послове који се односе на редовно пословање и послове који излазе изван оквира редовног пословања друштава лица.<sup>750</sup> У том погледу, у сваком конкретном случају у зависности од тога да ли је тужба била везана за област редовног или ванредног пословања, за подношење тужбе у име друштва је била потребна одлука већине чланова друштва или сагласност свих чланова друштва (у појединим државама била је неопходна сагласност свих чланова за подношење тужбе, независно од основа за подношење тужбе).<sup>751</sup> Полазећи од наведене поделе тужби сматрало се да када се тужба подноси против члана друштва да је реч о тужби која се тиче питања изван редовног пословања друштва, за чије подношење би у редовним околностима била потребна сагласност свих чланова друштва.<sup>752</sup> Како није било за очекивати да ће постојати сагласност свих чланова друштва за подношење тужбе против члана друштва који је повредио обавезе према друштву, сматрало се да примена деривативне тужбе може бити једино решење за настали проблем. Међутим, у пракси судови су дозволили примену деривативне тужбе само код командитних друштава у случају када се тужба подноси од стране командитора против комплементара због радњи којима се наноси штета друштву.<sup>753</sup> У односу на класична ортачка друштва код којих постоји неограничена одговорност свих чланова, судови углавном одбијају могућност подношења деривативне тужбе. Један од ретких примера када је суд дозволио примену деривативне тужбе и код ортачких друштава је случај *E.g., Hill v. Vanderbilt Capital Advisors, L.L.C.* из 2011. године у држави Нови Мексико. Ипак већина судова сматра да деривативна тужба није

---

<sup>749</sup> A. Bromberg (1991), 4.

<sup>750</sup> *Ibid.*, 11.

<sup>751</sup> *Ibid.*, 6.

<sup>752</sup> *Ibid.*, 13.

<sup>753</sup> *Ibid.*, 24.

потребна у ортачким друштвима, јер тужбу у име друштва могу поднети други чланови друштва, који нису потенцијални тужени.<sup>754</sup> Међутим, без обзира на другачији контекст друштава лица у смислу права на управљање друштвом, стручна јавност сматра да деривативну тужбу треба дозволити и код друштава лица, јер се може догодити да ортак који има значајан утицај у друштву неосновано спречи подношење тужбе, без обзира на околност да формално правно тужбу могу поднети сви остали чланови друштва.<sup>755</sup>

Полазећи од кључних обележја друштава лица, две карактеристике доводе у питање примену деривативне тужбе, а то су непостојање одвајања власништва од управљања и неограничена солидарна одговорност чланова друштва за обавезе друштва (уз постојање изузетака који се односе на одређене врсте чланова друштва).<sup>756</sup> Такође, имајући у виду да друштва лица немају у свим правима статус субјекта права,<sup>757</sup> може бити спорно и да ли је деривативну тужбу уопште могуће применити, а не само да ли би примена деривативне тужбе била целисходна.

Све наведене карактеристике друштава лица могу довести у питање потребу примене деривативне тужбе код друштава лица, јер се чини мало вероватно да би чланови послове друштва водили на начин да проузрокују штету друштву, а при свему томе солидарно одговарају за обавезе друштва. Такође, све и да чланови друштва својим поступањем проузрокују штету друштву, преостали чланови друштва, уколико постигну сагласност, могу поднети тужбу против члана који је поступао на штету друштва. Међутим, управо околност да би у овом случају тужба по правилу могла бити поднета само на основу сагласности свих чланова друштва (осим туженог) говори у прилог томе да деривативна тужба може остваривати значајну функцију код друштва лица, јер би потенцијални тужени, на исти начин као и код друштава капитала, могли утицати на остале чланове друштва да не дају сагласност за подношење тужбе у име друштва, а по правилу изостанак сагласности само једног члана друштва би био довољан за спречавање подношења тужбе од

---

<sup>754</sup> Коментар чл. 410 америчког Закона о ортачким друштвима (UPA 1997) доступно на адреси: [http://www.uniformlaws.org/Shared/Docs/Partnership/UPA%20\\_Final\\_2014\\_2015aug19.pdf](http://www.uniformlaws.org/Shared/Docs/Partnership/UPA%20_Final_2014_2015aug19.pdf), 02.03.2018.

<sup>755</sup> Коментар чл. 410 америчког Закона о ортачким друштвима (UPA 1997).

<sup>756</sup> A. Cahn, D. Donald, 48-49.

<sup>757</sup> *Ibid.*, 34, 41; М. Васиљевић (2013а), 64.

стране друштва.<sup>758</sup> Такође, постоје додатне околности које говоре у прилог постојања потребе примене деривативне тужбе и код друштава лица. Прво, карактеристика друштава лица која се односи на непостојање одвајања власништва од управљања друштвом није у потпуности тачна, јер закони углавном дозвољавају да се управљање друштвом повери само неким члановима друштва.<sup>759</sup> У тој ситуацији, члан друштва који није овлашћен за управљање друштвом налази се у сличној позицији као члан друштва капитала према управи друштва. Управо због наведеног, у случају командитног друштва, судска пракса, а касније и законодавства англосаксонских земаља су командитору признали право на подношење деривативне тужбе (јер је реч о члану који не може утицати на управљање).<sup>760</sup> Друго, међусобни однос чланова друштва лица се обично схвата као узајамни однос принципала и агента (дакле сваки члан се налази у положају принципала, али и агента у односу према другим члановима),<sup>761</sup> те деривативна тужба може служити решавању сукоба интереса који настаје у међусобном односу чланова друштва лица. Постоје мишљења да управо због узајамног односа принципала и агента између чланова друштва, дужност лојалности у друштвима лица не постоји само према друштву, већ и према осталим члановима друштва.<sup>762</sup> Трећи и можда најважнији разлог који говори у прилог примене деривативне тужбе и код друштва лица, јесте чињеница да чланови друштва лица, на исти начин као и чланови друштава капитала, имају посебне дужности према друштву (у већини права само дужност лојалности),<sup>763</sup> које дужности могу бити повређене на једнак начин као што је то случај са друштвима капитала, те је и у овом случају потребно обезбедити што већу могућност примене санкције због кршења дужности. На крају, када је реч о томе да ли друштва лица имају или немају правни субјективитет, ова околност није основ за искључење примене деривативне тужбе у односу на друштва лица, све док друштво има страначку способност. Тако на пример у енглеском праву, у коме ортачко

---

<sup>758</sup> Ова могућност примећена је и од стране америчких судова који су одбијали примену деривативне тужбе код друштва лица вид. *George Wasserman & Janice Wasserman Goldsten Family L.L.C. v. Kay*, 14 A.3d 1193, 1215 (Md. Ct. Spec. App. 2011). Вид. Коментар чл. 410 америчког Закона о ортачким друштвима (UPA 1997), 125.

<sup>759</sup> ЗПД, чл. 101, 111, 131, 132; A. Cahn, D. Donald, 30, 35.

<sup>760</sup> Вид. Коментар чл. 410 америчког Закона о ортачким друштвима (UPA 1997), 125.

<sup>761</sup> A. Cahn, D. Donald, 25.

<sup>762</sup> *Ibid.*, 49.

<sup>763</sup> *Ibid.*, 30, 43, 46.

друштво нема правни субјективитет, друштво ипак може бити странка у парничном поступку.<sup>764</sup>

Имајући у виду све наведено, а нарочито околност да се посебне дужности према друштву, као базични материјално правни супстрат деривативне тужбе примењује и код друштава лица, те да би за подношење тужбе у име друштва, по правилу, била потребна сагласност свих чланова, може се закључити да има места примени деривативне тужбе и код друштава лица.

### *3.4.1. Српско право*

За разлику од претходних закона, тренутно важећи ЗПД не садржи одредбе којима се непосредно уређује могућност примене деривативне тужбе код друштава лица. Наиме, ЗП 1996 је дефинисањем круга лица која могу поднети деривативну тужбу јасно указивао да се деривативна тужба примењује само код друштава капитала.<sup>765</sup> Затим, ЗПД 2004 је прописивао да се примена деривативне тужбе уговором о оснивању може проширити и на ортачка друштва, што указује да се без такве одредбе у уговору о оснивању деривативна тужба није примењивала на ову форму друштава.<sup>766</sup> Такође, одређивањем командитора (не и комплементара) као активно легитимисаног лица за подношење деривативне тужбе, било је неспорно да је примена деривативне тужбе у ограниченом обиму била дозвољена и код командитног друштва.<sup>767</sup> Посебно када је реч о проширивању домена примене деривативне тужбе и на ортачка друштва, с обзиром на то да је ова могућност била у искључивом домену аутономије воље ортака, у пракси је било спорно да ли је било дозвољено да ортаци мењају и законом прописане услове за подношење тужбе. У прилог томе да се аутономија воље ортака односила само на могућност примене деривативне тужбе како је законом уређена, али не и на могућност измене законом прописаних услова за подношење тужбе говори одредба чл. 40 ст. 7 ЗПД 2004 којим је било прописано да „одредбе ст. 1. до 6. овог члана не примењују се на ортачко друштво, осим ако оснивачким актом или уговором ортака друштва није друкчије одређено“. Дакле, садржина одредбе чл. 40 ст. 7 ЗПД 2004 указује да су ортаци

---

<sup>764</sup> *Ibid.*, 35.

<sup>765</sup> ЗП 1996, чл. 73 ст. 1 и 2.

<sup>766</sup> ЗПД 2004, чл. 41 ст. 7.

<sup>767</sup> ЗПД 2004, чл. 41. ст. 1.



могли само да уговоре примену одредби закона о деривативној тужби у постојећем облику. Поред наведеног, с обзиром на то да је реч о тужби код које постоји раздвајање стварне и процесне легитимације, концептуално не би било могуће оправдати одступање од законом прописаних услова за подношење тужбе, који се могу кретати само у оквирима закона.

Када је реч о примени деривативне тужбе код друштава лица према тренутно важећем закону, потребно је указати да дилема може постојати само у односу на посебне дужности према друштву, јер се једино овај институт материјалног домена примене деривативне тужбе примењује и на друштва лица.<sup>768</sup>

Општи закључак да деривативна тужба у српском праву тренутно није дозвољена код друштава лица, чак ни када је реч о тужби због повреде посебних дужности, може се заснивати на чињеници да ЗПД право на подношење тужбе (активну легитимацију) везује за одређени проценат власништва у основном капиталу друштва (5%), а друштва лица немају институт основног капитала. Изнети закључак је тачан уколико се узме у обзир језичко тумачење одредби закона које институт основног капитала уређују само код друштва са ограниченом одговорношћу и акционарског друштва.<sup>769</sup> Међутим, логичким тумачењем закона могло би се доћи и до супротног закључка, а то је да право на подношење деривативне тужбе могу имати чланови друштва лица који имају најмање 5% удела у друштву. Наиме, ЗПД у чл. 44 ст. 3 прописује да основни (регистровани) капитал друштва представља новчану вредност уписаних улога чланова у друштво која је регистрована у складу са законом о регистрацији. У том погледу, друштва лица, иако немају институт основног капитала, имају имовину (капитал) која се формира од улога који чланови друштва уносе приликом оснивања друштва,<sup>770</sup> по ком основу се одређује проценат удела сваког члана у друштву. Поред наведеног, у пракси, приликом регистрације оснивања сваког друштва лица постоји регистарски уложак који носи назив „основни капитал“ у који се уписује вредност улога који су унети у друштво од стране његових чланова. Имајући у виду наведено, неспорно је да је и без института основног капитала могуће утврдити да ли поједини члан друштва

---

<sup>768</sup> Подношење деривативне тужбе ради искључења члана судском одлуком је дозвољено само код друштава са ограниченом одговорношћу, док је деривативна тужба против чланова друштва ради враћања недозвољених плаћања дозвољена само код акционарских друштава. ЗПД, чл. 196, 275.

<sup>769</sup> ЗПД, чл. 94, 96, 127, 129, 145, 293.

<sup>770</sup> М. Васиљевић (2013а), 158.

лица има 5% или више удела у друштву. Међутим, у овом случају оно што је спорно јесте да ли је ЗПД право на подношење деривативне тужбе везао за поседовање одређеног процената у основном капиталу друштва како би се примена деривативне тужбе ограничила само на друштва капитала, или је заправо интенција законодавца била да право на подношење деривативне тужбе код свих друштава имају само чланови друштва који имају 5% и више удела у друштву. Иако се не може оспорити оправданост претходно изнете аргументације, прихватљивије је тумачење да деривативна тужба тренутно у српском праву није дозвољена код друштава лица. Овај закључак се заснива на два аргумента. Прво, без обзира на околност да је и код друштава лица могуће утврдити да ли одређени члан друштва има 5% или више удела у друштву, чињеница да закон право на подношење деривативне тужбе везује за институт основног капитала указује да је намера законодавца била да право на подношење деривативне тужбе ограничи само на друштва капитала. Друго, потребно је имати у виду да ЗПД дозвољава да сваки ортак/комплементар поднесе тужбу којом се захтева престанак друштва,<sup>771</sup> по ком основу се применом истог логичког тумачења закона може поставити питање из ког разлога би се право на подношење деривативне тужбе код друштава лица које представља мање инвазивно правно средство ограничавало поседовањем одређеног процента удела у друштву, док са друге стране право на подношење тужбе за покретање поступка принудне ликвидације друштва има сваки ортак и комплементар (при чему разлог за подношење ове тужбе може се састојати и у повреди посебних дужности према друштву).

Иако деривативна тужба тренутно није дозвољена код друштава лица, може се расправљати о томе у којој мери је примена деривативне тужбе потребна и код ових друштава. За ту сврху неопходно је утврдити i) у којој мери се посебне дужности примењују на друштва лица и ii) који субјекти би у редовном току ствари били овлашћени на подношење тужбе у име друштва. Полазећи од природе деривативне тужбе, као и контекста у коме је настала, за оцену постојања потребе примене деривативне тужбе код друштва лица није пресудна чињеница да ли се на ову форму друштава примењује један од законом дозвољених основа за подношење деривативне тужбе, већ да ли на основу општих правила о надлежности за доношење одлуке о покретању судског поступка у име друштва лица постоји

---

<sup>771</sup> ЗПД, чл. 118, 126, 138.

опасност да у случају повреде дужности према друштву подношење тужбе буде неосновано спречено.

У српском праву чланови друштва лица имају само посебне дужности према друштву које се сврставају у групу дужности лојалности, док немају дужност пажње.<sup>772</sup> Тренутно постојеће решење може се критиковати, јер услед изузимања ортака и комплементара од дужности пажње највише су угрожени интереси самог друштва, с обзиром на околност да повериоци остају заштићени солидарном неограниченом одговорношћу свих ортака и комплементара за обавезе друштва.<sup>773</sup> Међутим, иако ЗПД формално искључује ортаке и комплементаре из круга лица која имају дужност пажње према друштву, дефинисањем ортака и комплементара као заступника друштва, ЗПД у крајњем исходу ортаке и комплементаре уводи у круг лица која имају дужност пажње према друштву, јер дужност пажње имају сви заступници друштва,<sup>774</sup> без обзира да ли је реч о друштву лица или друштву капитала. У случају да интерним актима друштва није прописано да само поједини ортаци или комплементари имају статус заступника друштва,<sup>775</sup> дужност пажње би имали сви ортаци и комплементари. У том погледу, може се рећи да је у српском праву материјално правни основ за подношење деривативне тужбе у довољној мери заступљен и код друштва лица.

Када је реч о субјектима надлежним за доношење одлуке о покретању судског поступка због повреде посебних дужности према друштву, утврђивање круга надлежних субјеката за подношење тужбе у име друштва није лак задатак, јер ЗПД не говори о томе ко у име друштва лица може покренути судски поступак, без обзира да ли је реч о тужби против једног од чланова друштва или трећег лица.

Са друге стране, ЗПД садржи одредбе које се односе на заступање друштва и овлашћење за предузимање радњи редовног и ванредног пословођења, помоћу којих је могуће доћи до одговора на постављено питање.

Како је наведено, ЗПД прописује да је сваки ортак и комплементар овлашћен да самостално заступа друштво. Када је у питању пословођење друштва ЗПД прописује да сваки ортак или комплементар има овлашћење за обављање радњи у

---

<sup>772</sup> ЗПД, чл. 61. Командитор нема посебне дужности према друштву, осим уколико је одлуком свих комплементара именован за прокуристу друштва. Вид. ЗПД, чл. 131 ст. 4, 61 ст. 1 тач. 4.

<sup>773</sup> ЗПД, чл. 93, 125.

<sup>774</sup> ЗПД, чл. 61 ст. 1 тач. 4.

<sup>775</sup> ЗПД, чл. 111, 126, 131.

редовном пословању друштва, док је за предузимање послова који не спадају у круг редовног пословања, потребна сагласност свих ортака, односно комплементара.<sup>776</sup> Све наведено важи под претпоставком да уговором о оснивању није другачије прописано, у ком случају само поједини чланови могу имати право да заступају друштво или предузимају радње пословођења.

Имајући у виду наведено, ради утврђивања круга лица овлашћених за подношење тужбе у име друштва лица због повреде посебних дужности, претходно је радњу подношења тужбе потребно квалификовати у смислу да ли она представља радњу која се предузима у оквиру редовног или ванредног пословођења друштва или пак представља радњу заступања. Значај претходног квалификовања радње подношења тужбе у име друштва лица има веома велики значај, јер у зависности од тога долази се до потпуно другачијег исхода. Наиме, уколико би се радња подношења тужбе због повреде посебних дужности квалификовала као радња заступања или редовног пословођења друштва, у том случају би тужбу у име друштва могао да поднесе сваки члан овлашћен за заступање, односно пословођење. Уколико би се подношење тужбе квалификовало као радња изван редовног пословања, за подношење деривативне тужбе би била потребна сагласност свих чланова друштва овлашћених за пословођење. Одмах на почетку може се рећи да радња подношења тужбе због повреде посебних дужности не би могла представљати радњу која се предузима у току редовног пословања, по ком основу остаје дилема да ли је за подношење тужбе потребна сагласност свих чланова овлашћених за пословођење друштва или тужбу може поднети било који члан који је овлашћен за заступање друштва. На примеру деривативне тужбе уочава се да је у српском праву недовољно разјашњен однос појма пословођења и заступања у друштвима лица, а посебно однос између појма заступања и предузимања радњи које не спадају у домен редовног пословођења друштва. У литератури пословођење друштва се сматра као сегмент интерног односа друштва и његових чланова, док се заступање сматра као сегмент екстерних односа друштва и ортака.<sup>777</sup> Једно од тумачења међусобног односа појма пословођења и заступања друштва лица може бити да конкретну радњу која излази из домена редовног пословања може предузети сваки члан друштва овлашћен за заступање, али уколико је претходно одобрена од

---

<sup>776</sup> ЗПД, чл. 101, 126, 131.

<sup>777</sup> М. Васиљевић (2013а), 157, 161, 164-165.

стране потребне већине чланова друштва овлашћених за пословођење. На пример, уговор који излази изван оквира редовног пословања друштва може потписати било који члан друштва који је овлашћен за заступање, али уколико претходно постоји сагласност свих чланова друштва.<sup>778</sup> Међутим, када је реч о радњи подношења тужбе против члана друштва (што укључује и повреду посебних дужности према друштву), чини се да ЗПД на посредан начин указује да је реч само о радњи заступања, у односу на коју претходно није потребно примењивати одредбе о предузимању радњи пословођења. Наиме, ЗПД у чл. 144 прописује да ортак који је овлашћен за заступање не може издати пуномоћје за заступање нити заступати друштво у спору у којем је супротна страна, а у случају да друштво нема *другог ортака који је овлашћен за заступање* то пуномоћје издају сви преостали ортаци заједнички. На основу наведене одредбе закона закључује се да тужбу против члана друштва може поднети сваки ортак/комплементар овлашћен за заступање, а да је сагласност свих осталих ортака потребна тек уколико се тужба подноси против јединог ортака/комплементара овлашћеног за заступање друштва.

Имајући у виду све наведено, може се закључити да је примена деривативне тужбе код друштва лица у српском праву потребна у ограниченом обиму, односно у случају када је уговором право на заступање друштва дато само једном или неколицини чланова друштва. У овим околностима могуће је да потенцијали тужени коришћењем утицаја спречи подношење тужбе, а да то није у интересу друштва. Са друге стране, уколико овлашћење за заступање друштва лица имају сви ортаци/комплементари, примена деривативне тужбе није потребна, јер тужбу у име друштва може поднети сваки члан друштва.

На крају, потребно је указати да примена деривативне тужбе код друштава лица може бити значајна како у односу на повреду дужности лојалности, тако и у односу на повреду дужности пажње. Легитимитет деривативне тужбе због повреде дужности лојалности у случају друштава лица у основи није споран и заснива се на потреби заштите интереса самог друштва. За разлику од упоредног права, о чему је било речи у претходним излагањима, у српском праву чланови друштва лица немају

---

<sup>778</sup> У овом случају се поставља питање које правне последице наступају уколико члан друштва овлашћен за заступање предузме радњу изван домена редовног пословања за коју није дата сагласност свих чланова друштва. У наведеним околностима правна радња би требало да има правно дејство, док би постојала одговорност члана друштва за штету која због тога може проizaћи за друштво или појединачне чланове друштва.

дужност лојалности према другим члановима. Са друге стране, легитимитет деривативне тужбе код друштва лица због повреде дужности пажње може бити упитан. Наиме, ЗПД као опште правило прописује право сваког ортака и комплементара да заступа друштво. Уколико се подношењем деривативне тужбе може преиспитивати свака појединачна одлука заступника друштва, онда би тиме могао бити урушен принцип самосталности одлучивања заступника друштва, посебно уколико је реч о радњи редовног пословођења, за чије предузимање је такође овлашћен сваки члан друштва. Ипак могуће је и другачије тумачење, а то је да сваки заступник друштва лица погрешном радњом коју предузима у име друштва, поред тога што наноси штету друштву, такође директно штети себи али и свим члановима друштва који солидарно одговарају за обавезе друштва, што је околност која није присутна код друштава капитала. Неспорно, у наведеним околностима члановима друштва стоји на располагању директна тужба,<sup>779</sup> али важну улогу у систему заштите интереса чланова друштва може имати и деривативна тужба. Отуда, деривативна тужба због повреде дужности пажње може имати чак и већи легитимитет код друштава лица, у смислу да осим заштите интереса друштва, доприноси и заштити интереса свих чланова друштва, јер уколико се имовинско стање друштва побољша, чланови друштва могу бити мање изложени личној одговорности. У овом случају не би постојала могућност злоупотребе деривативне тужбе, јер је заштита којој теже чланови друштва могућа само уколико је претходно адекватно заштићен интерес самог друштва.

### 3.5. Деривативна тужба и повезана привредна друштва

Последње питање које је потребно размотрити у оквиру анализе субјективног домена примене деривативне тужбе је примена деривативне тужбе у оквиру повезаних привредних друштава. У овом случају реч је о деривативној тужби коју подносе чланови контролног друштва, у своје име, а за рачун контролисаног друштва. У зависности од тога да ли се деривативна тужба односи на директно зависно друштво, или друштво које се налази у даљем степену зависности, деривативна тужба се у првом случају назива двострука деривативна тужба, а у

---

<sup>779</sup> ЗПД, чл. 78.

другом случају вишеструка деривативна тужба.<sup>780</sup> У наставку анализе биће коришћен термин „вишеструка деривативна тужба“ који се често употребљава као општи појам за ову врсту деривативне тужбе.<sup>781</sup>

Вишеструка деривативна тужба је настала у америчком праву средином 19. века, убрзо након настанка редовне деривативне тужбе.<sup>782</sup> Вишеструку деривативну тужбу данас дозвољавају углавном англосаксонска права, међу којима се издвајају енглеско и америчко право, у којима могућност подношења вишеструке деривативне тужбе није прописана законом, већ је формирана од стране судске праксе. Поред америчког и енглеског права, вишеструку деривативну тужбу дозвољавају, на пример, права Новог Зеланда, Аустралије, Сингапура и Канаде.<sup>783</sup>

Када је питању енглеско право постојале су тенденције да се искључи могућност примене вишеструке деривативне тужбе, јер је комисија која је припремала Компанијски закон који је донет 2006. године дала негативну препоруку за увођење вишеструке деривативне тужбе. Према оцени комисије вишеструка деривативна тужба је сувише компликована за примену и не би била корисна у пракси.<sup>784</sup> Имајући у виду наведено Компанијски закон из 2006. године не садржи одредбе о вишеструкој деривативној тужби. Међутим, иако Компанијски закон не садржи одредбе о вишеструкој деривативној тужби, пракса енглеских судова је након усвајања закона ипак дозволила примену вишеструке деривативне тужбе на основу општих правила *common law* система и то у случају *Universal Project Management Services Ltd v Fort Gilkicker Ltd & ors* из 2013. године, у коме је суд навео да је вишеструка деривативна тужба „преживела“ доношење Компанијског закона. Поред наведеног, пажњу је привукао и случај *Waddington Ltd v Chan Chun Hoo Thomas* који се водио пред судом у Хонг Конгу, у коме је такође дозвољена примена вишеструке деривативне тужбе, са образложењем да би у супротном

---

<sup>780</sup> Татјана Јевремовић Петровић, *Групе привредних друштава*, Правни факултет Универзитета у Београду 2014, 336.

<sup>781</sup> A. Reisberg (2007), 202.

<sup>782</sup> Irene Lynch Fannon, A Transatlantic Case: The Derivative Action as a Corporate Governance Tool, *Dublin University Law Journal* 27/2005, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=878051>, 03.06.2018, 12.

<sup>783</sup> S. H. Goo, „Multiple Derivative Action and Common Law Derivative Action Revisited: A Tale of Two Jurisdictions“, *Journal of Corporate Law Studies* Vol. 10, No. 1 2010, 259.

<sup>784</sup> *Ibid.*, 256; A. Reisberg (2007), 202.

зависно друштво остало без адекватне заштите.<sup>785</sup>

Када је у питању америчко право, пракса је све до пре неколико деценија лутала, те је наизменично прихватала и одбијала могућност примене вишеструке деривативне тужбе, али су судови ипак више били наклоњени примени овог института. У америчкој литератури и судској пракси постојали су аргументи који су се истицали против и у прилог постојања вишеструке деривативне тужбе.

Када је реч о аргументима против примене вишеструке деривативне тужбе литература углавном наводи два аргумента.

Први аргумент се односи на чињеницу да акционари матичног друштва, уколико сматрају да је управа матичног друштва неоправдано пропустила да поднесе тужбу ради заштите интереса зависног друштва, могу поднети обичну деривативну тужбу против чланова управе свог друштва, из ког разлога је вишеструка деривативна тужба непотребна.<sup>786</sup> Овај аргумент је био доста критикован, углавном јер се сматра да је у практичној примени веома тешко утврдити висину штете коју матично друштво трпи због неподношења тужбе ради заштите интереса зависног друштва. Такође, све и да је могуће утврдити висину штете коју трпи матично друштво, подношење редовне деривативне тужбе против чланова управе матичног друштва могло би да доведе до постојања великог броја тужби, уколико постоји више матичних компанија које имају акције у истом зависном друштву (за чији рачун је потребно поднети тужбу), па би се могло догодити да акционари сваког од тих матичних друштава поднесу деривативну тужбу против управе, свог матичног друштва, али фактички због истог чињеничног основа, односно чињенице да тужба није поднета за рачун зависног друштва. Поред наведеног, у случају стечаја зависног друштва примена редовне деривативне тужбе од стране чланова матичног друштва би фактички довела до изигравања редоследа намирења поверилаца у стечају, који имају приоритет у односу на чланове друштва, јер би се матично друштво директно намирило од тужених, док би повериоци зависног друштва могли да добију само део преостале имовине зависног друштва.<sup>787</sup>

Други аргумент који се износи против постојања вишеструке деривативне

---

<sup>785</sup> S. Goo, 258; Т. Јевремовић Петровић (2014), 337; Arad Reisberg, „Multiple Derivative Actions“, *Law Quarterly Review* Vol. 125 2009, 1-4.

<sup>786</sup> David W. Locascio, „Dilemma of the Double Derivative Suit“, *Northwestern University Law Review* Vol. 83, No. 3 1988, 735.

<sup>787</sup> *Ibid.*, 735-738.



тужбе заснива се на општем правилу америчког права да деривативну тужбу могу поднети само чланови друштва који су то својство имали, како у време настанка штетног догађаја, тако и у време подношења деривативне тужбе. У случају повезаних друштава чланови матичног друштва који би поднели тужбу за рачун зависног друштва не би могли да испуне овај услов, уколико у време спорне радње настале на нивоу зависног друштва нису имали акције у матичном друштву. Овај проблем се по правилу јављао након статусних промена, а у односу на повреду права зависног друштва која је настала пре спровођења статусне промене, али и у другим ситуацијама када акционар стекне акције у матичном друштву након настанка повреде права зависног друштва. Међутим, и овај аргумент је доста критикован углавном из разлога правичности. Наиме, сматра се да барем када је реч о потпуно зависном друштву не постоје друга лица која би могла да поднесу деривативну тужбу, те уколико би се у овом случају забранило подношење вишеструке деривативне тужбе, то могло да доведе до злоупотреба.<sup>788</sup>

Са друге стране, аргументи који се истичу у прилог постојања вишеструке деривативне тужбе су бројнији. Судови су дозвољавали примену вишеструке деривативне тужбе на основу следећих теорија: *теорија јединства или пробијања правне личности*,<sup>789</sup> по којој су судови сматрали да су матично и зависно друштво један правни субјект; *теорија заједничке контроле*,<sup>790</sup> по којој је примена вишеструке деривативне тужбе дозвољена у случају када иста лица контролишу матично и зависно друштво, због чега фактички и не постоји могућност да акционари зависног друштва поднесу деривативну тужбу; *теорија фидуцијарних дужности*,<sup>791</sup> по којој зависно друштво има фидуцијарне дужности према матичном друштву, а матично друштво има исте фидуцијарне дужности према својим члановима, па би примена вишеструке деривативне тужбе од стране чланова матичног друштва представљала вид судске заштите фидуцијарних дужности које зависно друштво има према матичном друштву (ове дужности се посматрају искључиво у односу на право на подношење деривативне тужбе); *теорија заступања*,<sup>792</sup> по којој су судови сматрали да је зависно друштво агент матичног

---

<sup>788</sup> *Ibid.*, 739-743.

<sup>789</sup> *Ibid.*, 743.

<sup>790</sup> *Ibid.*, 746.

<sup>791</sup> *Ibid.*, 751.

<sup>792</sup> *Ibid.*, 752.

друштва, из ког разлога треба да поступа у интересу матичног друштва. Све наведене теорије су доста критиковане, те се углавном не користе за оправдање постојања вишеструке деривативне тужбе.<sup>793</sup>

Данас се у америчком праву сматра да вишеструка деривативна тужба дели заједничке циљеве редовне деривативне тужбе, из ког разлога примена вишеструке деривативне тужбе није спорна. Наиме, у околностима када постоји однос матичног и зависног друштва и када настане штета зависног друштва, матично друштво, односно његови чланови ће у крајњем исходу бити лица која трпе штету.<sup>794</sup> У том смислу, на исти начин као и редовна деривативна тужба, вишеструка деривативна тужба има за циљ да омогући накнаду рефлексне штете, у односу на коју чланови матичног друштва не би могли да истакну директну тужбу. Такође, вишеструка деривативна тужба има за циљ и остваривање превентивног ефекта, односно одвраћања управе зависног и матичног друштва од недозвољеног понашања, јер када не би постојала вишеструка деривативна тужба чланови управе матичног друштва би ризик пословања могли у потпуности да пребаце на зависно друштво, све са намером да се заштите од одговорности за вођење послова друштва.<sup>795</sup> Сматра се да је због изостанка других механизма корпоративне контроле превентивни ефекат вишеструке деривативне тужбе чак израженији код вишеструке деривативне тужбе у односу на редовну деривативну тужбу, као и да представља једини механизам како би се чланови матичног друштва подстакли да надзиру пословање зависног друштва.<sup>796</sup> У крајњем исходу, постојање вишеструке деривативне тужбе би требало да се заснива на потреби да зависно друштво не буде неоправдано спречено да поднесе тужбу против директора који су проузроковали штету.

Тренутно у америчкој судској пракси постоје две, условно речено, врсте вишеструке деривативне тужбе, чије је разликовање објашњено од стране Врховног суда Делавера у случају *N.A. Lambrecht and Miriam Loveman v. Stanley O'Neal, et al.* из 2010. године.

Прва врста вишеструке деривативне тужбе односи се на случај када је

---

<sup>793</sup> *Ibid.*, 743-753; William H. Painter, „Double Derivative Suits and Other Remedies with Regard to Damaged Subsidiaries“, *Indiana Law Journal* Vol. 36, No. 2 1961, 146-155.

<sup>794</sup> D. Locascio, 755.

<sup>795</sup> *Ibid.*, 756-757.

<sup>796</sup> *Ibid.*, 757. Suits by a Shareholder in a Parent Corporation to Redress Injuries to the Subsidiary“, *Harvard Law Review* Vol. 64, No. 8 1951, 1313-1327.

матично друштво једини власник зависног друштва (што судови квалификују као контролу). Најпознатији пример ове врсте деривативне тужбе је случај *Sternberg v. O'Neil* из 1988. године. У односу на ову врсту вишеструке деривативне тужбе не постоје значајнија спорна питања у пракси. Наиме, сви услови за подношење вишеструке деривативне тужбе се цене само на нивоу матичног друштва. У том погледу судови захтевају да је члан матичног друштва који подноси вишеструку деривативну тужбу имао својство члана у матичном друштву у тренутку настанка спорног догађаја у зависном друштву и тренутку подношења деривативне тужбе. До тренутка доношења одлуке у случају *N.A. Lambrecht and Miriam Loveman v. Stanley O'Neal, et al* судови Делавера се нису сусретали са вишеструком деривативном тужбом где је матично друштво имало испод 100% власништва у зависном друштву, али је у одлуци констатовано да је таква могућност дозвољена у другим јурисдикцијама и да су судови посредно прихватили примену вишеструке деривативне тужбе када матично друштво има 98% или 50% власништва у зависном друштву. Разлог због којег примена вишеструке деривативне тужбе у овом случају може бити спорна јесте околност да зависно друштво, поред матичног друштва има и друге чланове који би такође могли да поднесу деривативну тужбу. Имајући у виду наведено, када матично друштво није 100% власник зависног друштва претходни захтев би требало поднети и зависном и матичном друштву. Са друге стране, када је у питању вишеструка деривативна тужба која се подноси за рачун 100% зависног друштва претходни захтев се подноси само матичном друштву.<sup>797</sup>

Имајући у виду наведено стиче се утисак да појам контроле у контексту постојања права на подношење вишеструке деривативне тужбе у америчком праву подразумева само контролу која се заснива на капитал учешћу матичног у зависном друштву и да не обухвата постојање фактичке или уговорне контроле. Међутим, имајући у виду да се судови Делавера до 2010. године нису сусретали чак ни са вишеструком деривативном тужбом код које матично друштво није 100% власник зависног друштва, тешко је одговорити на питање да ли појам контроле из одлуке *N.A. Lambrecht and Miriam Loveman v. Stanley O'Neal, et al.* обухвата и фактичку или уговорну контролу, јер у том тренутку домашај резона суда сигурно није имао у

---

<sup>797</sup> Одлука доступна на адреси: <https://courts.delaware.gov/opinions/download.aspx?ID=142610>.

виду ове врсте контроле које могу постојати међу повезаним друштвима.<sup>798</sup> Полазећи од прагматизма америчког права вероватно је да појам контроле у контексту постојања права на подношење вишеструке деривативне тужбе неће обухватати и фактичку контролу због немогућности успостављања критеријума за утврђивање постојања овог вида контроле матичног над зависним друштвом. Додатно, потребно је напоменути да се у овој одлуци, али ни у литератури не помиње концепт вишеструке деривативне тужбе у коме би чланови зависног друштва имали право да поднесу тужбу за рачун матичног друштва, вероватно јер би овај концепт био у потпуности супротан сврси постојања вишеструке деривативне тужбе, јер подношење деривативне тужбе од стране чланова зависног друштва не би могло да се оправда истим аргументима, као што је случај са деривативном тужбом коју чланови матичног друштва подносе за рачун зависног, нити би се могао пронаћи било који легитиман интерес чланова зависног друштва који би се штитио подношењем деривативне тужбе за рачун матичног друштва.

Друга врста вишеструке деривативне тужбе се односи случај када наступи статусна промена друштва, на начин да друштво које је било самостално постане 100% власништво другог, сада матичног друштва, при чему акционари тог друштва постају акционари матичног друштва. Пракса је уочила да овај вид статусне промене може двојачко утицати на могућност подношења деривативне тужбе за рачун друштва које је изгубило самосталност услед статусне промене. Наиме, статусна промена може наступити у току поступка по деривативној тужби коју су поднели чланови друштва које је претрпело статусну промену и који су постали акционари матичног друштва (случај *Lewis v. Ward* из 2004. године). Друго, могуће је да је пре статусне промене постојао основ за подношење деривативне тужбе, али тужба није поднета пре наступања статусне промене (случај *Rales v. Blasband* из 1992. године). У обе ситуације проблем који је постојао је тај да чланови зависног друштва, који су након статусне промене постали акционари матичног друштва више нису испуњавали услов континуираног власништва за подношење деривативне тужбе за рачун зависног друштва, јер у тренутку настанка спорне радње нису били акционари матичног друштва, док су са друге стране престали да

---

<sup>798</sup> Теорија сматра да би вишеструку деривативну тужбу требало дозволити увек када матично друштво има контролу над зависним, или када одбијање директора матичног друштва да поднесу директну тужбу због повреде интереса зависног друштва представља повреду дужности. W. Painter, 162.

буду чланови друштва за чији рачун су поднели или намеравају да поднесу тужбу. Имајући у виду наведено судови су у почетку одбацивали деривативне тужбе поднете од стране чланова матичног друштва, за рачун зависног друштва, а који су били његови чланови пре наступања статусне промене. Међутим, касније судови су решење за обе спорне ситуације пронашли у примени вишеструке деривативне тужбе,<sup>799</sup> те је у оба случаја дозвољено да бивши чланови зависног друштва, а сада чланови матичног друштва, поступак по деривативној тужби наставе, односно покрену у форми вишеструке деривативне тужбе, а поводом основа тужбе који је постајао код зависног друштва пре наступања статусне промене. У овим ситуацијама судови су прибегли примени вишеструке деривативне тужбе, јер у супротном ниједан члан матичног друштва не би испуњавао услов за подношење деривативне тужбе због правила о континуираном власништву и фактички бивша управа зависног друштва би остала без адекватне санкције. Посматрано у односу на општи услов америчког права о континуираном власништву, изузетак се састојао у томе да тужилац није морао да има статус члана матичног друштва у време настанка спорне радње.<sup>800</sup>

### 3.5.1. Српско право

У српском праву вишеструка деривативна тужба није дозвољена. Овај закључак је неспоран имајући у виду да ЗПД активну легитимацију за подношење деривативне тужбе даје само члановима друштва који то својство имају у друштву за чији рачун се тужба подноси. Тумачењем одредби ЗПД не би се могло доћи до закључка да деривативну тужбу могу поднети чланови матичног друштва, а за рачун зависног друштва у којем тужилац нема својство члана. Вишеструка деривативна тужба у српском праву је била дозвољена једино по ЗП 1996.<sup>801</sup> ЗПД 2004, као ни тренутно важећи закон се не изјашњавају по питању вишеструке деривативне тужбе,

---

<sup>799</sup> Christopher M. Harvey, „Corporate Law – Mergers and Double Derivative Actions: The New Frontiers in Derivative Standing“, *Villanova Law Review* Vol. 38, Iss. 4 1993, 1194-1218; „Suits by a Shareholder in a Parent Corporation to Redress Injuries to the Subsidiary“, 1319; Mark M. Graham, „Delaware Post-Merger Derivative Suit Standing and Demand Requirements: Professional Management Associates Inc., v. Coss“, *The Journal of Corporation Law* Vol. 25, No. 3 2000, 631-658; „Survival of Rights of Action after Corporate Merger“, *Michigan Law Review* Vol. 78, No. 2 1979, 250-272.

<sup>800</sup> C. Harvey, 1217.

<sup>801</sup> ЗП 1996, чл. 73 ст. 3.

али је у оба случаја на основу уређења деривативне тужбе неспорно да ова врста деривативне тужбе није дозвољена.

Међутим, потребно је указати да постоје мишљења да је у српском праву вишеструка деривативна тужба дозвољена у случају уговора о контроли и управљању.<sup>802</sup> Наиме, чл. 558 ЗПД прописује да „директори контролног друштва дужни су да упутства контролисаном друштву дају са пажњом доброг привредника, при чему се одредбе чл. 63. до 80. овог закона о посебним дужностима директора сходно примењују на директоре контролног друштва и у односу на контролисано друштво.“ Деривативна тужба је регулисана у чл. 79 ЗПД, те је укључена у одредбе ЗПД које се примењују и на одговорност директора контролног друштва према контролисаном (зависном) друштву. Имајући у виду наведено сматра се да у српском праву постоји „вишеструка деривативна тужба у ширем смислу“.<sup>803</sup>

Међутим, тужба коју чланови контролисаног друштва могу поднети због повреде дужности директора контролног друштва према контролисаном друштву не може бити поднета у форми (вишеструке) деривативне тужбе из два разлога.

Прво, у случају чл. 558 ЗПД чланови контролисаног друштва тужбу не подносе за рачун контролног друштва, већ контролисаног друштва чији су они чланови, из ког разлога је јасно да није реч о вишеструкој деривативној тужби. Објашњење да је у овом случају реч о вишеструкој деривативној тужби се заснива на аргументацији да се деривативна тужба не подноси против директора друштва чији су тужиоци чланови, већ против директора повезаног друштва.<sup>804</sup> Међутим, ова аргументација се не може прихватити као објашњење за постојање вишеструке деривативне тужбе у српском праву, јер се постојање вишеструке деривативне тужбе цени у односу према друштву за чији рачун се тужба подноси, а не у односу према туженом. Другим речима, за постојање вишеструке деривативне тужбе потребно је да се тужба подноси за рачун другог (зависног друштва), а не околност да се тужба подноси против директора неког другог друштва. Закључењем уговора о контроли и управљању на основу чл. 558 ЗПД успоставља се директан однос директора контролног друштва према контролисаном друштву, на начин да

---

<sup>802</sup> Т. Јевремовић Петровић (2014), 337; Јелена Лепетић, *Компанијскоправни режим сукоба интереса, дужност лојалности*, Правни факултет Универзитета у Београду 2015, 299-300.

<sup>803</sup> Вид. Ј. Лепетић (2015), 299.

<sup>804</sup> Такође се наводи да тужбу на основу чл. 558 може поднети контролно друштво за рачун контролисаног друштва, али ни ово тумачење нема упориште у закону. Вид. Ј. Лепетић (2015), 299.

директори контролног друштва имају непосредну обавезу поштовања посебних дужности како према свом, контролном друштву, тако и према контролисаном друштву. Управо заснивање директног односа између директора контролног друштва и зависног друштва указује да не може бити речи о вишеструкој деривативној тужби, јер је нужан услов за постојање вишеструке деривативне тужбе одсуство непосредног односа између тужиоца и туженог, између којих се налази зависно друштво. Након закључења уговора о контроли и управљању, управа контролисаног друштва наставља да води послове друштва,<sup>805</sup> али уз обавезу да поштује упутства управе контролног друштва. Дакле, у случају закључења овог уговора, у односу на контролисано друштво посебне дужности имају директори тог контролисаног друштва, али и директори контролног друштва који дају обавезујућа упутства. Уколико директор контролног друштва повреди посебне дужности према контролисаном друштву и тиме контролисаном друштву проузрокује штету, тужбу против тог директора може поднети контролисано друштво, или члан контролисаног друштва у своје име, а за рачун контролисаног друштва. На основу свега наведеног закључује се да у случају уговора о контроли и управљању постоји само редовна деривативна тужба, код које је проширен субјективни домен примене на страни туженог. Код уговора о контроли и управљању 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 ЗПД не дозвољава. Међутим спорно је да ли би чланови контролисаног друштва имали правни интерес за подношење тужбе ради заштите интереса контролног друштва, у коме немају својство члана, нити су са њиме на било који начин повезани осим уговором о контроли и управљању. Исти проблем постоји и код других облика повезивања друштва, из ког разлога вишеструка деривативна тужба по правилу није дозвољена на релацији чланови зависног друштва – матично друштво, већ обрнуто.<sup>806</sup>

Друго, код уговора о контроли и управљању вишеструка деривативна тужба није могућа, без обзира да ли би тужбу подносили чланови контролног друштва за рачун контролисаног друштва или обрнуто, јер друштва код ове врсте контроле нису повезана капиталом. Имајући у виду да ЗПД право на подношење деривативне

---

<sup>805</sup> Наведно се закључује на основу чл. 557 ЗПД.

<sup>806</sup> За супротно вид. Ј. Лепетић (2015), 300.

тужбе даје само члановима друштва који поседују законом прописан капитал цензус, све и да је законом дозвољена вишеструка деривативна тужба код уговора о контроли и управљању, поставило би се питање на који начин би било могуће утврдити активну легитимацију тужиоца за подношење тужбе. Код уговора о контроли и управљању контролно друштво нема капитал учешће у зависном друштву, па ни на посредан начин не би било могуће утврдити који члан повезаног друштва би имао процесну легитимацију за подношење деривативне тужбе у контролисаном друштву и обрнуто.

На основу свега наведеног јасно је да ЗПД код уговора о контроли и управљању није прописао вишеструку деривативну тужбу, већ је омогућио да чланови контролисаног друштва, осим против чланова управе свог друштва, деривативну тужбу могу поднети против чланова управе контролног друштва.

Полазећи од тренутног стања српског законодавства, а затим и објашњења постојања вишеструке деривативне тужбе у англосаксонском праву, има основа да се размотри увођење вишеструке деривативне тужбе и у српско право, јер не постоји ниједан оправдан разлог због којег би требало онемогућити примену вишеструке деривативне тужбе. У том погледу потребно је преиспитати да ли има потребе да се вишеструка деривативна тужба дозволи код свих врста повезивања привредних друштава прописаних ЗПД.

Наиме, ЗПД прописује да друштва могу бити повезана капиталом или уговором, или комбиновањем ова два основа (основ повезивања),<sup>807</sup> у ком случају може настати група, холдинг или друштва са узајамним учешћем у капиталу (врсте повезивања).<sup>808</sup> За оцену постојања потребе примене вишеструке деривативне тужбе код повезаних друштва од значаја је појам контроле,<sup>809</sup> а не основ и врста повезивања. Могуће је да два друштва имају статус повезаних друштава, али да међу повезаним друштвима није успостављен однос контроле. У српском праву, контрола као битан елемент повезивања друштава може постојати само у оквиру групе (фактичке или уговорне) и холдинга.<sup>810</sup> Код друштва са узајамним капитал учешћем и групе са односима узајамности, по самом закону контрола не може

---

<sup>807</sup> ЗПД, чл. 549.

<sup>808</sup> ЗПД, чл. 550.

<sup>809</sup> Сматра се да је појам контроле суштински за дефинисање појма групе као врсте повезаних друштава. Вид. Т. Јевремовић Петровић (2014), 75.

<sup>810</sup> ЗПД, чл. 551, 552, 553.



постојати.<sup>811</sup> Ипак, појам контроле није дефинисан у ЗПД, док у литератури не постоји сагласност око дефинисања овог појма,<sup>812</sup> што у великој мери отежава анализу односа овог појма и вишеструке деривативне тужбе.

Појам контроле у контексту вишеструке деривативне тужбе би требало посматрати у виду могућности матичног друштва да спречи подношење тужбе против управе или других лица зависног друштва, како директно од стране зависног друштва, тако и од стране чланова зависног друштва у виду деривативне тужбе. У наведеним околностима настаје потреба постојања додатног механизма заштите интереса зависног друштва, а који би могао да се обезбеди применом тужбе коју би поднели чланови матичног друштва за рачун зависног друштва.

Полазећи од изложеног појма контроле, најпре се може закључити да би вишеструку деривативну тужбу требало дозволити у случају када је матично друштво једини власник зависног друштва, а затим и да вишеструка деривативна тужба није потребна код постојања уговорне контроле.

У литератури постоји мишљења да у случају уговора о контроли и управљању постоји интерес чланова контролног друштва да поднесу тужбу за рачун контролисаног друштва, јер штету која је проузрокована контролисаном друштву у крајњем исходу сноси контролно друштво, а самим тим и чланови контролног друштва.<sup>813</sup> Међутим, у овом случају није реч о одговорности контролног друштва, већ личној одговорности директора контролног друштва, из ког разлога изнета аргументација није прихватљива. Ипак потребно је поменути да контролно друштво на основу чл. 560 ЗПД може и самостално одговарати према контролисаном друштву за дата упутства, али у овом случају одговорност се не заснива на повреди посебних дужности, већ општим правилима (самим тим је неспорно да у овом случају не може бити речи о вишеструкој деривативној тужби, чак ни у ширем смислу). Са друге стране, повреда посебних дужности као основ одговорности према зависном друштву се односи само на директоре контролног друштва. Такође, чак и у случају да се лична одговорност директора због повреде посебних дужности према контролисаном друштву на неки начин може преусмерити на контролно друштво, није јасно из ког разлога би чланови контролног друштва подносили

---

<sup>811</sup> ЗПД, чл. 551, 552, 553.

<sup>812</sup> Вид. Т. Јевремовић Петровић (2014), 81-84.

<sup>813</sup> Ј. Лепетић (2015), 300.

тужбу која може да доведе до имовинске одговорности његових директора, која се може преусмерити на друштво, а самим тим последично и до умањења имовине контролног друштва чији су тужиоци чланови. Такође, код постојања уговорне контроле управа матичног друштва може да утиче на управу зависног друштва, али по правилу не би могла да спречи подношење деривативне тужбе од стране чланова зависног друштва, јер не постоји контрола над власништвом, већ само управљањем друштвом.

У случају када матично друштво није једини власник зависног друштва, остаје спорно који проценат власништва у зависном друштву оправдава примену вишеструке деривативне тужбе, при чему је најспорнији случај када матично друштво поседује мање од 50% власништва у зависном друштву. Ово је питање на које није могуће дати одговор на теоријском нивоу, већ би одговор требало засновати на емпиријским истраживањима структуре власништва повезаних друштава.

На крају, када је реч о фактичкој контроли, примена вишеструке деривативне тужбе не би била могућа, јер не би постојао ниједан правни основ повезивања два друштва, из ког разлога не би било могуће формулисати услове за подношење тужбе. Додатно, код група привредних друштава, као посебне врсте повезивања привредних друштава, деривативна тужба може допринети заштити интереса групе као целине, који представља одвојен интерес у односу на интересе појединачних друштава који се налазе унутар групе,<sup>814</sup> при чему деривативна тужба може допринети и решавању посебних агенцијских проблема који су уочени само код постојања групе друштава.<sup>815</sup>

---

<sup>814</sup> Т. Јевремовић Петровић (2014), 213.

<sup>815</sup> Сматра се да постоје два агенцијска проблема у групама друштава. Први агенцијски проблем је сукоб интереса између већинских и мањинских (спољних) чланова, а затим и сукоб између чланова и поверилаца друштава. Један о механизмима решавања наведених сукоба је увођење посебних дужности контролног члана према спољним члановима и повериоцима. На тај начин деривативна тужба може представљати механизам решавања агенцијских проблема на једнак начин као и у индивидуалним друштвима. Вид. Klaus J. Hopt, *Groups of Companies - A Comparative Study on the Economics*, European Corporate Governance Institute (ECGI) – Law Working Paper No. 286/2015, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=2560935>, 12.09.2017, 25-26.

## ГЛАВА XI

### УСЛОВИ ЗА ПОДНОШЕЊЕ ДЕРИВАТИВНЕ ТУЖБЕ

#### 1. Појам, сврха и правна природа услова за подношење деривативне тужбе

Услови за подношење деривативне тужбе односе се на сферу њеног персоналног домена примене, јер коначно одређују лица која имају право на подношење тужбе. Ови услови су одраз начела супсидијарности, као и прихваћеног схватања о оправданости деривативне тужбе, јер се сматра да, без обзира о којим лицима је реч, овлашћење на подношење деривативне тужбе не би требало да буде безусловно.

Дефинисању услова за подношење деривативне тужбе може се приступити на два начина. Прво, услови за подношење тужбе могу бити засновани на објективним критеријумима. На овај начин постиже се правна сигурност, јер право на подношење деривативне тужбе не би требало да буде доведено у питање уколико су испуњени законом прописани услови за подношење тужбе. Обично, постављање објективних критеријума за дефинисање услова за подношење деривативне тужбе доводи до сужавања круга лица која имају право на подношење тужбе. Друго, услови за подношење тужбе могу бити засновани на објективно субјективним критеријумима, у смислу да закон прописује објективне услове за подношење деривативне тужбе, на пример, да је реч о члану друштва који испуњава одређени капитал цензус, али да у крајњем исходу право на подношење деривативне тужбе зависи од испуњености субјективног критеријума, односно од оцене да ли је тужба у интересу друштва, о чему одлучује треће лице (суд или орган друштва), а не тужилац који подноси тужбу. У овом случају, круг лица која имају право на подношење деривативне тужбе, по правилу, је шири у односу на случај када су услови за подношење деривативне тужбе засновани само на објективним критеријумима.

У литератури се обично сматра да је основна сврха постојања услова за подношење деривативне тужбе спречавање злоупотребе тужбе, из ког разлога услове за подношење деривативне тужбе треба дефинисати на начин да деривативну тужбу могу поднети само лица која имају легитиман интерес за подношење

тужбе.<sup>816</sup>

У српском праву услови за подношење деривативне тужбе су дефинисани искључиво објективним критеријумима, који уколико су испуњени, право на подношење тужбе не може бити доведено у питање. Имајући у виду наведено, услови за подношење деривативне тужбе прописани ЗПД имају правну природу процесних претпоставки<sup>817</sup> и уколико није испуњен један од два законом прописана услова за подношење деривативне тужбе, поступак по тужби се не може наставити, већ суд тужбу мора одбацити, услед недостатка активне процесне легитимације. У оквиру процесно правне анализе деривативне тужбе биће детаљније речи о условима за подношење деривативне тужбе у контексту општих учења о процесним претпоставкама.

## 2. Услови за подношење деривативне тужбе у српском праву

Српско право прописује два услова за подношење деривативне тужбе, то су да члан друштва који подноси тужбу у тренутку подношења тужбе поседује прописан капитал цензус и да је поднео претходни захтев друштву, а који захтев је одбијен или у односу на који се друштво није изјаснило. Поред наведеног, да би суд могао да поступа по деривативној тужби која је поднета због повреде посебних дужности или искључења члана из друштва са ограниченом одговорношћу неопходно је да је деривативна тужба поднета у законом прописаном року, по ком основу рок за подношење тужбе улази у круг неопходних услова, односно процесних претпоставки за наставак поступка по деривативној тужби.<sup>818</sup> Потребно је указати да су привредни судови својство члана друштва и прописани капитал цензус сматрали као два одвојена услова за подношење деривативне тужбе,<sup>819</sup> што није логички исправно, јер уколико се за подношење тужбе захтева одређени капитал цензус, онда је неспорно да тужилац у тренутку подношења тужбе мора бити и члан друштва.

---

<sup>816</sup> Вид. Tim Oliver Brandi, „The Strike Suit: A Common Problem of the Derivative Suit and the Shareholder Class Action“, *Dickinson Law Review* Vol. 98 1994, 368-370, 372.

<sup>817</sup> У теорији се под појмом процесне претпоставке подразумева „чињеница од чијег постојања или непостојања зависи пуноважно отпочињање парничног поступка, заснивање парнице, ток и окончање поступка“. Б. Познић, В. Ракић Водинелић, 52.

<sup>818</sup> ЗПП, чл. 294 ст. 1 тач. 2.

<sup>819</sup> Вид. Решење Привредног суда у Београду П – 7272/11 од 22.11.2011. године.

## 2.1. Капитал цензус

У претходним излагањима више пута је поменуто да српско право прописује да деривативну тужбу могу поднети чланови друштва који у тренутку подношења тужбе поседују уделе или акције који представљају најмање 5% основног капитала друштва, при чему није од значаја да ли је тужилац имао својство члана друштва и пре подношења тужбе, односно у тренутку настанка спорног догађаја. Капитал цензус као услов за подношење деривативне тужбе карактеристика је европско континенталног правног подручја, док англосаксонска права прописују да деривативну тужбу може поднети сваки појединачни члан друштва, без обзира на проценат удела у друштву.<sup>820</sup>

Дилема да ли право на подношење деривативне тужбе треба дати сваком појединачном члану друштва, или право члана друштва на подношење деривативне тужбе треба ограничити поседовањем одређеног капитал цензуса део је шире расправе о легитимитету (оправдању) акционарских тужби, о чему ће посебно бити речи у наредним излагањима. На овом месту довољно је указати да капитал цензус као услов за подношење тужбе треба да буде дефинисан на начин да право на подношење тужбе имају само они чланови друштва са довољном мером интереса у друштву, која ће утицати на то да се чланови друштва одреде за подношење тужбе само када је то у интересу друштва, а што у крајњем исходу треба да спречи злоупотребе тужбе.<sup>821</sup> Дакле, полазећи од опште сврхе постојања услова за подношење деривативне тужбе, капитал цензус би требало одредити у проценту који истовремено треба да служи спречавању злоупотребе деривативне тужбе, али да не представља препреку за подношење тужбе,<sup>822</sup> што је у практичној примени тешко постићи.

Иако начелно није спорно да капитал цензус, као услов за подношење деривативне тужбе, може имати оправдану сврху, овај услов има урођену ману, а то је да је тешко утврдити који проценат учешћа у капиталу друштва треба да представља услов за подношење деривативне тужбе у сваком конкретном праву. Српско право тренутно спада у групу права која прописују висок капитал цензус.<sup>823</sup>

---

<sup>820</sup> M. Gelter (2012), 853-856.

<sup>821</sup> *Ibid.*, 856.

<sup>822</sup> Вид. *Ibid.*, 856-861.

<sup>823</sup> *Ibid.*, 859. Капитал цензус од 5% тренутно захтева и шпанско право.

У европским правима капитал цензус је често окарактерисан као један од кључних препрека за подношење деривативне тужбе, међутим постоје мишљења да ова тврдња ипак није тачна, јер на пример, у швајцарском и француском праву није прописан капитал цензус, али се деривативна тужба ипак не подноси у пракси.<sup>824</sup> У српском праву капитал цензус је постојао од увођења деривативне тужбе до данас. У ЗП 1996 капитал цензус је износио десетину основног капитала друштва, уколико статутом није било другачије одређено.<sup>825</sup> Тренутно постојећи капитал цензус од 5% уведен је ЗПД 2004.<sup>826</sup> На основу образложења предлога ЗПД који је усвојен 2011. године проистиче да је сврха постојања капитал цензуса као услова за подношење деривативне тужбе на једнак начин перципирана, као и упоредној литератури, а то је спречавање злоупотреба деривативне тужбе. Конкретно, у образложењу предлога ЗПД било је наведено следеће: „уочено је да су деривативну тужбу подносили акционари који имају само једну акцију“, што се негативно ценило (иако је спорно да ли је ова констатација била тачна, с обзиром на то да је опште познато да се деривативне тужбе у то време, али ни данас не подnose у пракси).<sup>827</sup> Међутим, у образложењу предлога ЗПД није наведена кључна околност, а то је због чега се законодавац определио за капитал цензус од 5%.

На основу анализе упоредног законодавства и литературе може се закључити да постоји неколико примера процента капитал цензуса<sup>828</sup> који се по правилу преузимају из других права, што није исправан приступ законодавца, јер дефинисање процента капитал цензуса не треба да се заснива на угледу страног права из којег се проценат преузима, већ на специфичностима привредног окружења у које се овај услов за подношење деривативне тужбе уводи или мења. У том смислу основни критеријум који треба применити приликом дефинисања процента капитал цензуса за подношење деривативне тужбе треба да буде структура и садржина власништва привредних друштава у одређеном праву. Наиме, у случају када је власништво над привредним друштвима сувише концентрисано, одређивање капитал цензуса од 5% или 10% нема много смисла, јер готово сви чланови друштва

---

<sup>824</sup> *Ibid.*, 860.

<sup>825</sup> ЗП 1996, чл. 73 ст. 2.

<sup>826</sup> ЗПД 2004, чл. 41 ст. 2 тач. 2.

<sup>827</sup> Вид. Образложење Предлога Закона о привредним друштвима из 2011. године, 223.

<sup>828</sup> То су: Белгија и Немачка 1%, Италија 2,5 %, Шпанија 5%, Аустрија 10% (која прописује модификовани облик тужбе). М. Gelter (2012), 859.

могу поднети деривативну тужбу, у ком случају су ефекти исти као када би право на подношење деривативне тужбе имао сваки члан друштва. Такође, концентрисана власничка структура може постојати и на начин да друштва по правилу имају већинског власника (једног или више), као и велики број мањинских власника са занемарљивим процентом удела у друштву, у ком случају одређивање капитал цензуса од 5% или 10 %, такође не би имало сврху. Са друге стране, уколико је власништво сувише дисперзовано, онда капитал цензус од 5% може бити сувише висок, чиме би се круг лица овлашћених на подношење деривативне тужбе знатно сузио.

Полазећи од образложења Предлога ЗПД, који је у једном делу анализирао власничку структуру привредних друштава у Србији која је постојала 2011. године, не може се пронаћи основ због чега је у српском праву подношење деривативне тужбе условљено поседовањем 5% капитала у друштву. Наиме, у образложењу Предлога ЗПД је било наведено да су према подацима Агенције за привредне регистре доминантну правну форму чинила друштва са ограниченом одговорношћу, којих је у том тренутку било 100.076, док је акционарских друштва било свега 2.372.<sup>829</sup> Када је у питању структура власништва друштава било је речи само о акционарским друштвима, те је констатовано да је структура власништва изузетно концентрисана и да постоје два узрока која су до тога довела. Први узрок је прихваћени модел приватизације који је подразумевао куповину већинског удела у друштву, а други је последица принудног откупа акција и преузимања акционарских друштва, који су уследили након окончања приватизације. У том тренутку 74% акционара је имало преко 50% учешћа у основном капиталу друштва, док је 57% акционара имало преко 2/3 учешћа у основном капиталу друштва.<sup>830</sup> Данас, ситуација није много другачија. Према подацима Централног регистра – депо и клиринг хартија од вредности на дан 25.11.2018. године, од укупног броја акционарских друштава која постоје у Србији, 77% акција поседују правна лица, док физичка лица поседују свега 14% акција, од чега 13% акционара имају мање од 5% акција, а само 1% поседује више од 5% акција.<sup>831</sup> Дакле, полазећи од тренутно

---

<sup>829</sup> Образложење Предлога Закона о привредним друштвима из 2011. године, 250.

<sup>830</sup> *Ibid.*, 251.

<sup>831</sup> Према подацима Централног регистра – депо и клиринг хартија од вредности остатак акција од 1% је у власништву акционарског и ПИО фонда, на збирним, односно кастоди рачунима се налази такође 1% акција, док је 7% акција у власништву осталих лица, при чему овај појам није прецизиран.

постојеће структуре власништва у акционарским друштвима проистиче да би само 1% акционара физичких лица имало право да поднесе деривативну тужбу. Додатно, на основу постојеће структуре власништва акција може се закључити да је увођење вишеструке деривативне тужбе у српско право и више него оправдано, јер правна лица поседују 77% укупног броја акција у српској привреди. На основу наведеног може се закључити да капитал цензус од 5% за подношење деривативне тужбе није усклађен са стањем власничке структуре привредних друштава, како у време доношења ЗПД, тако ни данас. Капитал цензус од 5% није одговарајући, јер у случају друштва са ограниченом одговорношћу, подразумева да скоро сваки члан друштва може поднети деривативну тужбу, док у односу на акционарска друштва подразумева да право на подношење деривативне тужбе имају само већински чланови друштва, што није прихватљиво решење.

Поред наведеног, изложена анализа указује да би требало размотрити увођење различитих капитал цензуса за друштва са ограниченом одговорношћу и акционарска друштва, на начин да се проценат капитал цензуса код друштава са ограниченом одговорношћу повећа (уколико се оцени да за тиме има потребе на основу анализе структуре власништва друштва са ограниченом одговорношћу), а да се у односу на акционарска друштва снизи. Слично решење постоји у италијанском праву које у односу на јавна акционарска друштва прописују капитал цензус од 2,5%, док у односу на друштва затвореног типа прописује капитал цензус од 20%.<sup>832</sup>

На крају, када је реч о самој садржини одредбе закона којом се дефинише капитал цензус потребно је указати да у практичној примени закона може постојати само једно спорно питање, а то је да ли тужилац у тренутку подношења тужбе мора индивидуално поседовати уделе или акције који представљају најмање 5% основног капитала друштва, или је могуће да се више чланова друштва удруже како би достигли захтевани капитал цензус. Наиме у литератури постоји мишљење да сваки члан друштва који подноси тужбу мора индивидуално да поседује најмање 5%.<sup>833</sup> Ово схватање се заснива на аргументу да је у ЗПД 2004 било прописано да

---

Посебно када је реч о правним лицима, није приказана власничка структура, односно проценат правних лица која поседују више или мање од 5% акција. Доступно на адреси: <http://www.crhov.rs/?Opcija=2>.

<sup>832</sup> P. Giudici, 250.

<sup>833</sup> Сима Кнежевић, „Индивидуалне и деривативне тужбе у компанијском праву“, *Култура пописа* 31/2016, 435-436.



деривативну тужбу могу да поднесу командитор, члан или акционар друштва ако поседује уделе или акције који представљају најмање 5% основног капитала друштва, у ком случају се њихови удели или акције рачунају заједно. Дакле, ЗПД 2004 је изричито прописивао да чланови друштва могу да се удруже како би достигли захтевани капитал цензус. Тренутно важећи ЗПД више не прописује да се удели или акције тужилаца рачунају заједно, на основу чега се закључује да један или више чланова друштва могу поднети тужбу уколико у тренутку подношења тужбе индивидуално поседују 5% удела у основном капиталу друштва.<sup>834</sup>

Иако није спорно да тренутно важећи ЗПД више не прописује да се удели и акције чланова друштва рачунају заједно ради утврђивања капитал цензуса, речи „један или више чланова“ из чл. 79 ЗПД треба тумачити на начин да чланови друштва који подnose тужбу треба заједно да имају најмање 5% учешћа у основном капиталу друштва, а не да сваки члан друштва који подноси тужбу индивидуално треба да поседује прописани капитал цензус. Управо околност да закон наглашава да деривативну тужбу може поднети један или више чланова указује да није потребно да сваки члан друштва индивидуално испуњава капитал цензус, јер би у том случају закон вероватно прописао да само један члан друштва који поседује уделе или акције који представљају најмање 5% основног капитала друштва, без наставка „или више чланова“. Уколико би се прихватило другачије тумачење, барем када је реч о акционарским друштвима, према сада постојећем стању ствари деривативну тужбу би могло да поднесе само 1% акционара физичких лица. Међутим, одређена процесно правна питања могу указивати да са процесног аспекта није прихватљиво тумачење да два или више чланова друштва могу заједно да испуне капитал цензус, о чему ће бити речи у оквиру излагања о институту супарничарства код деривативне тужбе.

## 2.2. Претходно обраћање друштву

Подношење претходног захтева друштву представља други услов за подношење деривативне тужбе у српском праву. У том погледу, ЗПД у чл. 79 ст. 1 тач. 2 прописује да деривативну тужбу може поднети само члан друштва који је пре подношења деривативне тужбе писаним путем захтевао од друштва да поднесе

---

<sup>834</sup> *Ibid.*, 436.

тужбу по том основу, а тај захтев је одбијен, односно по том захтеву није поступљено у року од 30 дана од дана подношења захтева.

Претходни захтев као услов за подношење деривативне тужбе биће детаљно анализиран у оквиру другог дела рада, те ће на овом месту само укратко бити речи о самом појму.

Претходни захтев као услов за подношење деривативне тужбе настао је у америчком праву крајем 19. века,<sup>835</sup> у коме и данас представља, не само услов за подношење, већ и суштинско обележје деривативне тужбе. Наиме, све недоумице које се односе на функционисање деривативне тужбе у америчкој пракси се односе управо на претходни захтев. Поред америчког и поједина европска права такође прописују подношење претходног захтева као услов за подношење деривативне тужбе, али се сматра да једино немачко право прописује претходни захтев сличан моделу који постоји у америчком праву.<sup>836</sup> Ова констатација је донекле тачна када је реч о српском праву, јер уређење претходног захтева у српском праву у значајној мери одступа од уређења претходног захтева у америчком праву.

Претходни захтев на директнији начин, него што је то случај са капитал цензусом, наглашава супсидијарни карактер деривативне тужбе, јер се сматра да је основна функција настанка и постојања претходног захтева очување надлежности органа друштва, првенствено управе, да одлучује о подношењу тужбе за рачун друштва, јер управа располаже знањем и информацијама да процени да ли је тужба у интересу друштва. Отуда, основна сврха претходног захтева је успостављање равнотеже између заштите правила пословне процене, односно права чланова управе на дискреционо одлучивање и потребе заштите интереса друштва.<sup>837</sup>

Претходни захтев самостално представља веома сложен правни институт, јер у зависности од степена развоја конкретног права у којем се примењује може да се појави већи или мањи број питања која утичу на примену претходног захтева у пракси. Најпре, прво питање које се поставља у примени претходног захтева јесте ком органу унутар друштва се претходни захтев подноси и које елементе захтев мора да садржи да би се сматрало да је захтев уредан. Следеће питање које је веома значајно за примену претходног захтева јесте да ли је подношење претходног

---

<sup>835</sup> D. Locascio, 729.

<sup>836</sup> M. Gelter (2012), 856.

<sup>837</sup> M. Graham, 640.

захтева увек обавезно или постоје околности у којима су чланови друштва ослобођени обавезе подношења захтева. Затим, уколико постоје околности у којима не постоји обавеза подношења претходног захтева, следеће питање које се поставља јесте да ли је право чланова друштва на подношење деривативне тужбе потпуно слободно или је потребно развити додатне механизме контроле деривативне тужбе. Са друге стране, уколико постоји обавеза подношења претходног захтева следеће питање јесте да ли је негативна одлука друштва о претходном захтеву обавезујућа у смислу да суд тада мора одбацити деривативну тужбу или ипак суд на основу одређених критеријума може преиспитивати негативну одлуку о претходном захтеву.<sup>838</sup>

Од свих наведених питања у српском праву се могу појавити само питање ком органу друштва се подноси претходни захтев и које елементе захтев треба да садржи, док сва остала питања због тренутног уређења претходног захтева нису релевантна, о чему ће бити речи у оквиру анализе претходног захтева.

### 2.3. Рок за подношење тужбе

Рок за подношење деривативне тужбе, иако на први поглед не тако значајно питање за анализу деривативне тужбе, у практичној примени показује у којој мери деривативна тужба представља сложен правни институт.

Када је реч о српском праву ЗПД не прописује јединствене рокове за подношење деривативне тужбе, те се рокови разликују у случају када се деривативна тужба подноси због повреде посебних дужности према друштву и искључења члана друштва са ограниченом одговорношћу, у односу на случај када се деривативна тужба подноси ради враћања недозвољених уплата акционарима. Рокови се разликују најпре по правној природи, а затим и по дужини трајања. Такође, потребно је указати да ЗПД непосредно не прописује посебне рокове за подношење деривативне тужбе, већ се на деривативну тужбу у свим случајевима примењују рокови који су прописани за подношење директне тужбе од стране

---

<sup>838</sup> Kurt A. Goehre, „Is the Demand Requirement Obsolete – How the United Kingdom Modernized Its Shareholder Derivative Procedure and What the United States Can Learn from It“, *Wisconsin International Law Journal* Vol. 28, No. 1 2010, 146-147; C. Harvey, 1204; Вид. Deborah A. DeMott, „Demand in Derivative Actions: Problems of Interpretation and Function“, *University of California, Davis Law Review* Vol. 19, Iss. 2 1986, 461-495.

друштва у односу на институте ЗПД који чине објективни домен примене деривативне тужбе.

### *2.3.1. Рок за подношење деривативне тужбе због повреде посебних дужности према друштву и искључења члана друштва са ограниченом одговорношћу*

Када је реч о посебним дужностима према друштву, ЗПД у чл. 77 прописује да се тужбе због повреде посебних дужности могу поднети у року од шест месеци од дана сазнања за учињену повреду, а најкасније у року од пет година од дана учињене повреде, при чему је у овом случају реч о директној тужби коју подноси друштво. Имајући у виду да ЗПД код уређења деривативне тужбе изричито наводи да се деривативна тужба подноси ради остваривања имовинско правног захтева због повреде посебних дужности,<sup>839</sup> није спорно да се рокови за подношење тужбе због повреде посебних дужности, прописани за директну тужбу, односе и на деривативну тужбу. Потребно је указати да су у питању преклузивни, а не застарни рокови, о којима суд мора водити рачуна по службеној дужности, те уколико се утврди да деривативна тужба није поднета у законом прописаном року, суд тужбу мора одбацити.<sup>840</sup> Имајући у виду наведено закључује се да је у односу на захтев за накнаду штете због повреде посебних дужности ЗПД значајно одступио у односу на општа правила облигационог права, како у односу на природу, тако и у односу на дужину рока за подношење тужбе. Сходно општим правилима облигационог права захтев за накнаду штете застарева у субјективном року од три године, односно објективном року од пет година,<sup>841</sup> при чему није реч о преклузивном року, већ о застарном року о коме суд може одлучивати само по приговору туженог.<sup>842</sup> Чињеница да је ЗПД у потпуности одступио од општих правила из Закона о облигационим односима, указује да ни други посебни рокови за подношење тужбе ради накнаде штете, као ни општи рок за истицање захтева за поништај рушљивог уговора, прописани Законом о облигационом односима не би могли бити примењени на деривативну тужбу која се подноси због повреде посебних дужности према друштву. Један од посебних рокова за истицање захтева за накнаду штете

---

<sup>839</sup> ЗПД, чл. 79 ст. 1.

<sup>840</sup> В. Водинелић, 539.

<sup>841</sup> ЗОО, чл. 376.

<sup>842</sup> В. Водинелић, 534.

примењује се у случају када је штета проузрокована кривичним делом, а када захтев за накнаду штете застарева у роковима који су прописани за кривично гоњење, под условом да су дужи од општих рокова.<sup>843</sup> У претходним излагањима било је речи о томе да повреде појединих дужности према друштву представљају кривично дело, у односу на које је прописан рок за кривично гоњење који је дужи од рокова који су прописани ЗПД и Законом о облигационим односима за истицање захтева за накнаду штете.<sup>844</sup> Међутим, како је ЗПД по питању рокова за подношење деривативне тужбе за накнаду штете у потпуности одступио од општих правила, нема основа да се у случају накнаде штете због повреде посебних дужности којима је учињено кривично дело примењују дужи рокови за подношење деривативне тужбе.

Идентични рокови, како у погледу природе рока, тако и у погледу дужине рока прописани су и за подношење тужбе ради искључења члана друштва са ограниченом одговорношћу.<sup>845</sup>

На овом месту потребно је указати да је субјективни рок за подношење деривативне тужбе, барем када је реч о тужби због повреде посебних дужности веома кратак. Наиме, у пракси се показало да је и за подношење директне тужбе због повреде посебних дужности потребно значајно време како би се прикупиле све информације за подношење тужбе, што се не ретко завршавало тиме да се тужба не заснива на потпуним информацијама, што може да се одрази на успех у спору. У односу на деривативну тужбу, овај проблем је још израженији, јер је један од ограничавајућих фактора за подношење и уопште функционисање деривативне тужбе недовољна информисаност чланова друштва и свест о томе на који начин могу прикупити доказе за подношење тужбе. Због наведеног могуће је да је у односу на тренутак сазнања за повреду, па до тренутка када се прикупе сви потребни подаци и документација за подношење тужбе потребно више од шест месеци. Чланови друштва који имају мали проценат капитал учешћа у привредном друштву, а који имају право на подношење тужбе, најчешће нису довољно информисани о пословању друштва, нити су по правилу укључени у свакодневно пословање друштва. У том смислу, чак и када мањински чланови друштва дођу до сазнања да

---

<sup>843</sup> ЗОО, чл. 377.

<sup>844</sup> ЗПД, чл. 582, 583; Кривични законик, чл. 103.

<sup>845</sup> ЗПД, чл. 196 ст. 5, 6.

постоји основ за подношење деривативне тужбе, на нивоу само индиција, тешко је донети одлуку о покретању поступка, како због трошкова, тако и због потенцијалног нарушавања односа у друштву. Да би чланови друштва који су овлашћени на подношење деривативне тужбе били у могућности да утврде да ли заиста постоји основ за подношење тужбе потребно је успоставити ефикасан механизам за приступ информацијама и документима друштва. ЗПД садржи општа правила која се односе на право чланова друштва на приступ актима и документима друштва<sup>846</sup> и која су адекватно регулисана, те једино што преостаје јесте да се у пракси достигне већи степен ефикасности њихове примене. Наиме, у пракси ванпарнични поступак, који представља крајње средство за остваривање права на информисање члана друштва траје минимум два месеца, а често и више (иако закон прописује краће рокове за доношење одлуке – осам дана за првостепену одлуку, а у пракси на првостепену одлуку се чека минимум месец дана). Додатно, поред процедуре за приступ актима и документима друштва, законом прописани поступак за спровођење посебне и ванредне ревизије (код друштава капитала),<sup>847</sup> може имати велики значај за прикупљање информација за потребе подношења деривативне тужбе, али који поступак такође захтева извесно време. Имајући у виду све наведено у неким будућим реформама закона субјективни рок за подношење деривативне тужбе би требало продужити на минимум годину дана.

### *2.3.2. Рок за подношење деривативне тужбе ради враћања недозвољених плаћања*

Када је у реч о деривативној тужби која се подноси због повреде правила о ограничењима плаћања, ЗПД прописује да захтев друштва по наведеном основу застарева у року од пет година од дана када је исплата извршена.<sup>848</sup> Дакле, у овом случају ЗПД има потпуно другачији приступ, јер није прописао субјективни рок за подношење тужбе, већ само објективни рок који се рачуна од дана плаћања члану друштва. Такође, у овом случају није у питању преклузивни рок, већ застарни рок о коме суд не води рачуна по службеној дужности и чији протек не може довести до одбацивања тужбе, већ до одбијања тужбеног захтева.

---

<sup>846</sup> ЗПД, чл. 81, 82, 242, 244, 465, 466.

<sup>847</sup> ЗПД, чл. 456.

<sup>848</sup> ЗПД, чл. 275.

### 2.3.3. Рачунање рокова

Имајући у виду да код деривативне тужбе постоји раздвајање стварне и процесне легитимације, поставља се питање да ли субјективни рок за подношење деривативне тужбе треба рачунати од тренутка сазнања чланова друштва за постојање основа за подношење тужбе или од тренутка сазнања друштва за постојање исте чињенице, с обзиром на то да ЗПД не прецизира ову околност.<sup>849</sup> Јасно је да ова дилема не постоји у односу на објективне рокове који се увек везују за дан настанка одређеног догађаја, да ли штетне радње или штетне последице који представља основ за подношење деривативне тужбе. Уколико се субјективни рок за подношење деривативне тужбе веже за тренутак сазнања чланова друштва за постојање основа тужбе, то у практичној примени може довести до исхода да у односу на исти основ за подношење деривативне тужбе постоје потпуно различити рокови за подношење тужбе, јер више чланова друштва може различитог дана сазнати за постојање основа тужбе. Са друге стране, уколико се субјективни рок за подношење деривативне тужбе веже за сазнање друштва за постојање основа за подношење деривативне тужбе поставља се питање ко за ове потребе представља друштво, односно сазнање којих физичких лица унутар друштва подразумева да је друштво сазнало за постојање основа тужбе. У америчком праву ово спорно питање је на прилично другачији начин решено у држави Делавер и другим јурисдикцијама. У Делаверу, судови субјективни рок за подношење деривативне тужбе везују искључиво за сазнање чланова друштва за постојање основа за подношење тужбе, при чему се не прецизира да ли се ова околност утврђује само у односу на тужиоца или на све чланове друштва.<sup>850</sup> Сматра се да је ово правило установљено 1993. године у случају *Kahn v Seaboard Corp.* У другим јурисдикцијама примењује се доктрина штетног утицаја (енгл. *doctrine of adverse domination*) чији су основни принципи сумирани у случају *Clark v Milam* од стране суда државе Западна Вирџинија 1994. године.<sup>851</sup> Сходно доктрини штетног утицаја субјективни рок за подношење деривативне тужбе се рачуна према компанији, али рок не може почети да тече све док потенцијални тужени контролишу компанију, односно све док не

---

<sup>849</sup> Robert W. Thompson, Scott T. Jeffers, Codie L. Chrisholm, „The Limits of Derivative Actions: The Application of Limitation Periods to Derivative Actions“, *Alberta Law Review* Vol. 49, No. 3 2012, 604.

<sup>850</sup> *Ibid.*, 615.

<sup>851</sup> *Ibid.*, 616.

дође до промене чланова одбора.<sup>852</sup> На овај начин се постиже да се рок рачуна према објективној околности која постоји на страни друштва, које је титулар права које се тужбом штити. Постоји неколико оправдања за примену ове доктрине, међу којима се издваја то да контрола туженог над управом компаније укључује и контролу над информацијама, те све док не дође до промене чланова управе, компанија и акционари нису у могућности да сазнају за постојање основа за подношење тужбе.<sup>853</sup> Ипак у примени доктрине судови су различито тумачили када се може сматрати да постоји контрола туженог, те је једна група судова сматрала да контрола постоји уколико тужени чине више од половине одбора, док је друга група судова сматрала да је за почетак рачунања субјективног рока довољно да у одбору постоји макар један непристрасан директор.<sup>854</sup> Временом судови су формирали модификовани облик доктрине штетног утицаја, те је дозвољено туженима да доказују да су у конкретном случају тужиоци сазнали за основ тужбе и пре него што су тужени изашли из управе компаније.<sup>855</sup> У литератури постоје мишљења да је примена доктрине штетног утицаја прихватљивија, јер поштује принцип самосталности субјективитета компаније, те рок за подношење деривативне тужбе везује за исти правни субјект коме припада право које се штити тужбом.<sup>856</sup> Међутим, упркос залагања теорије, судови Делавера не прихватају ову доктрину, те рок за подношење деривативне тужбе и даље везују за сазнање чланова друштва за постојање основа за подношење деривативне тужбе.<sup>857</sup> Један од разлога због којих судови Делавера не прихватају доктрину штетног утицаја је управо могућност да акционари сазнају за основ подношења тужбе пре промене састава одбора, у ком случају доктрина губи смисао.<sup>858</sup>

Када је реч о српском праву, у случају деривативне тужбе која се подноси због повреде посебних дужности према друштву и искључењу члана друштва са ограниченом одговорношћу привредни судови ће се наћи пред идентичним проблемом као и амерички судови, односно спорно је да ли субјективни рок за

---

<sup>852</sup> *Ibid.*

<sup>853</sup> *Ibid.*, 617, 618.

<sup>854</sup> *Ibid.*, 617.

<sup>855</sup> *Ibid.*, 620.

<sup>856</sup> *Ibid.*, 633.

<sup>857</sup> Вид. Одлука *AMC Investors, LLC vs Maplewood Holdings LLC* 2016, доступно на адреси: <http://shawkeller.com/wp-content/uploads/opinions-pdf/15-934-RGA.pdf>.

<sup>858</sup> R. Thompson, S. Jeffers, C. Chrisholm, 620.



подношење деривативне тужбе треба рачунати у односу на сазнање друштва, или у односу на сазнање тужиоца за постојање основа за подношење тужбе. У том погледу, као и у случају америчког права могућа су два приступа. Први приступ јесте да се рок рачуна према сазнању чланова друштва за постојање основа тужбе. У овом случају рок не би требало рачунати искључиво на основу субјективних мерила, односно према тренутку сазнања конкретног тужиоца за постојање основа за подношење деривативне тужбе, већ на основу објективно субјективних критеријума. Наиме, најпре би требало ценити када је тужилац као члан друштва на основу опште доступних информација могао да сазна за постојање основа за подношење тужбе. У овом случају тренутак сазнања за постојање основа за подношење тужбе би требало да буде идентичан за све чланове друштва без постојања изузетака. Међутим, у сваком конкретном случају тужени би могао да доказује да је тужилац и пре осталих чланова друштва сазнао за постојање основа за подношење тужбе, у ком случају би рок за подношење тужбе требало рачунати од тог тренутка. Суштина овог приступа јесте да тужилац не би могао да истиче да му нису биле познате информације које су доступне кроз редовне механизме обавештавања чланова. Уколико информације које указују да постоји основ за подношење тужбе нису биле доступне свим члановима друштва, у том случају је рок за подношење тужбе могуће рачунати само од тренутка сазнања тужиоца за постојање основа тужбе. Други приступ јесте да се субјективни рок за подношење деривативне тужбе рачуна према сазнању друштва за постојање основа за подношење тужбе, у ком случају би се утврђивало када су лица која улазе у састав органа друштва надлежног за подношење директне тужбе сазнала за постојање основа за подношење тужбе. Прихватање другог приступа би било у складу са одредбама ЗПД које рок за подношење деривативне тужбе везује искључиво за рок који је прописан за подношење директне тужбе, што би било оправдано решење имајући у виду да се деривативном тужбом штити право друштва, а не појединачних чланова друштва. Исти принцип би се могао следити и код рачунања рока за подношење деривативне тужбе, те би и у овом случају рок требало везати за друштво, а не чланове друштва који подnose тужбу. Међутим, иако би ово решење било у складу да одредбама ЗПД и природом деривативне тужбе, у практичној примени може дати непожељне резултате, јер због кратког субјективног рока за подношење деривативне тужбе постоји могућност да чланови друштва касно сазнају за постојање основа за подношење тужбе, а да је при свему

томе рок за подношење тужбе према друштву већ почео да тече и да у крајњем исходу чланови друштва буду онемогућени да поднесу деривативну тужбу. Имајући у виду све наведено први приступ се чини прихватљивијим. Истовремено, примена другог приступа би имала практичне потешкоће, јер би се у поступку морало доказивати када су лица која нису укључена у поступак сазнала за постојање основа тужбе.

На крају, потребно је указати да у субјективни рок за подношење деривативне тужбе треба урачунати и време које је потребно за подношење и одлучивање о претходном захтеву, јер подношење претходног захтева друштву не може довести до прекида рока за подношење тужбе. У том погледу потребно је имати у виду да када је реч о деривативној тужби због повреде посебних дужности према друштву или враћања недозвољених уплата, претходни захтев би требало поднети минимум 30 дана пре истека субјективног рока за подношење деривативне тужбе.<sup>859</sup> У случају деривативне тужбе ради искључења члана друштва са ограниченом одговорношћу, претходни захтев је потребно поднети минимум три месеца пре истека субјективног рока за подношење тужбе, с обзиром на то да је у овом случају ЗПД прописао дуже рокове за подношење и одлучивање о претходном захтеву.<sup>860</sup>

---

<sup>859</sup> ЗПД, чл. 79.

<sup>860</sup> ЗПД, чл. 196.

## ГЛАВА XII

### УЛОГА СУДА У ПОСТУПКУ ПО ДЕРИВАТИВНОЈ ТУЖБИ

#### 1. Две улоге суда у поступку по деривативној тужби

Улога суда у поступку по деривативној тужби је веома значајна тема, јер у појединим правима постоји посебна улога суда у поступку, која је карактеристична за судске поступке из сфере компанијског права. У том погледу, упоредно правном анализом деривативне тужбе, уочава се да у појединим правима суд, поред надлежности за одлучивање о основаности деривативне тужбе, што је његова основна надлежност, може бити надлежан и за одлучивање о целисходности деривативне тужбе, као и целисходности појединих радњи које се предузимају током поступка.

Имајући у виду наведено, сва права која уређују деривативну тужбу се, према улози суда у поступку, могу сврстати у две групе и то на права у којима суд има само надлежност за одлучивање о основаности деривативне тужбе и права у којима суд, поред надлежности за одлучивање о основаности тужбеног захтева, има и надлежност за одлучивање о целисходности деривативне тужбе.

На основу наведеног се закључује да је надлежност суда за одлучивање о целисходности деривативне тужбе додатна надлежност суда, која постоји само у појединим правима и по којој се деривативна тужба разликује од осталих тужби.

На самом почетку излагања потребно је указати да посебна улога суда у поступку по деривативној тужби до сада у литератури није препозната као посебна тема о којој би требало расправљати, те је сврха наредних излагања да укаже на значај и основне идеје на којима би требало и убудуће да се развија расправа о овој теми.

#### 1.1. Одлучивање о целисходности тужбеног захтева

Надлежност суда за одлучивање о целисходности деривативне тужбе је настала у скоријем развоју деривативне тужбе. Данас постоји мањи број права у којима суд има наглашену улогу у поступку по деривативној тужби,<sup>861</sup> међу којима

---

<sup>861</sup> A. Reisberg (2007), 111 фн. 197.

се издвајају енглеско и немачко право. У енглеском праву надлежност суда за одлучивање о целисходности деривативне тужбе уведена је Компанијским законом из 2006. године, док је у немачком праву уведена изменама Закона о акционарским друштвима из 2005. године. У оба случаја законима је прописан претходни поступак током којег суд треба да одлучи да ли има основа да се настави или дозволи поступак по деривативној тужби, а када долази до изражаја надлежност суда за одлучивање о целисходности деривативне тужбе. Наглашена улога суда у поступку по деривативној тужби је настала услед постојања сумње у легитимитет деривативне тужбе, јер и даље постоји прећутно мишљење<sup>862</sup> да није пожељно да се члановима друштва дозволи да неограничено и без адекватне контроле користе деривативну тужбу као средство дисциплиновања управе друштва.

У енглеском праву суд у првој фази поступка по деривативној тужби одлучује о томе да ли треба увојити захтев за наставак поступка по деривативној тужби, при чему је Компанијски закон прописао одређене критеријуме које суд треба да узме у обзир приликом одлучивања о давању одобрења за наставак поступка.<sup>863</sup> Поједини критеријуми које је закон прописао су објективне природе, чије постојање или одсуство суд треба само да утврди на основу приложених доказа. Са друге стране, Компанијски закон је прописао и критеријуме који имају субјективну природу, односно чије постојање зависи од дискреционе одлуке суда. Тако, на пример, суд приликом одлучивања о поднетом захтеву за наставак поступка по деривативној тужби треба да узме у обзир *да ли би лице које има дужности према компанији поднело тужбу поводом истог случаја*, по ком основу суд треба да се стави у положај лица која доносе одлуке у име компаније. На овај начин енглески законодавац од суда захтева да заправо оцени да ли је деривативна тужба у интересу привредног друштва.

У немачком праву прописан је претходни поступак у којем суд треба да оцени да ли чланови друштва могу имати право на подношење деривативне тужбе и тек након позитивне одлуке суда чланови друштва стичу право на подношење деривативне тужбе.<sup>864</sup> Критеријуми које немачки суд мора да узме у обзир приликом одлучивања о постојању права чланова друштва на подношење деривативне тужбе

---

<sup>862</sup> *Ibid.*, 76.

<sup>863</sup> Вид. чл. 263 британског Компанијског закона.

<sup>864</sup> D. Jurić, 41-42.

су такође објективно субјективне природе, јер ће суд дозволити члановима друштва да поднесу деривативну тужбу само уколико постоје докази који указују да постоји озбиљно кршење дужности од стране управе и да не постоје *оправдани интереси компаније* који би указивали да не би требало дозволити подношење деривативне тужбе.<sup>865</sup>

Поред енглеског и немачког права, у америчком праву такође постоји додатна надлежност суда, која излази изван оквира редовне надлежности, али која не представља вид одлучивања о целисходности деривативне тужбе као што је то случај са енглеским или немачким правом. Наиме, у америчком праву додатна улога суда постоји у односу на преиспитивање претходног захтева као једног од два услова за подношење деривативне тужбе у овом праву. У зависности од тога ли се тужилац позива на један од изузетака од постојања обавезе подношења претходног захтева или покушава да докаже да негативна препорука комисије за спорове која је одлучивала о претходном захтеву не треба да спречи наставак поступка по тужби, суд мора да се упусти у питање да ли у конкретном случају заиста постоје основи да се тужилац ослободи обавезе подношења претходног захтева или да се не узме у обзир негативна препорука комисије за спорове. У овим околностима суд применом критеријума који су формиран у судској пракси треба да утврди да ли су лица која треба да одлуче о претходном захтеву способна да изразе своје непристрасно мишљење о томе да ли је деривативна тужба у интересу друштва. Дакле, у овом случају суд директно не одлучује о питању да ли је деривативна тужба у интересу друштва, али има надлежност да одлучи да ли на нивоу друштва постоје лица која су способна да о томе одлуче, при чему суд у одређеним околностима може да примени сопствено правило пословне процене, што одступа од традиционалне улоге суда. Оцена суда у крајњем исходу утиче на право тужиоца на подношење деривативне тужбе, јер уколико суд утврди да постоје лица која имају квалификације за доношење одлуке о томе да ли је деривативна тужба у најбољем интересу друштва, а која су дала негативно мишљење о тужби, деривативна тужба ће бити одбачена.<sup>866</sup> О свим наведеним питањима биће додатно речи у оквиру анализе претходног захтева у другом делу рада.

---

<sup>865</sup> AktG, § 148

<sup>866</sup> Вид. Jessica Erickson, „The Gatekeepers of Shareholder Litigation“, *Oklahoma Law Review* Vol. 70, No. 1 2017, 267-269; T. Kinney, 176; D. Fischel, 170-182.

На примеру енглеског и немачког права може се закључити да право на подношење деривативне тужбе, иако начелно признато у закону, у крајњем исходу ипак може зависити од дискреционе одлуке суда о постојању услова за подношење тужбе. У том погледу сви објективни услови за подношење тужбе које закони предвиђају да би се чланови друштва уопште могли обратити суду не представљају коначне услове за подношење тужбе, јер чак и у околностима када су ти услови испуњени суд може оценити да деривативна тужба у конкретном случају није потребна и да није у интересу друштва, након чега није могуће наставити, односно отпочети поступак по деривативној тужби. У овом случају право на подношење деривативне тужбе је у великој мери ограничено, јер у већој или мањој мери зависи од дискреционе одлуке суда.

Потребно је указати да интерес друштва за подношење тужбе не треба поистоветити само са основаношћу тужбе. У овом случају критеријум интереса друштва се преципира на начин да се већ при самом подношењу тужбе може оценити да успешно окончање поступка не би значајно допринело заштити интереса друштва, јер се на пример, може очекивати реализација незнатне имовинске користи, док би са друге стране наставак поступка могао да угрози друге интересе друштва, на пример, створи негативни публицитет који би могао да утиче на углед друштва код пословних сарадника. Тим поводом једно истраживање у САД је показало да поступак по деривативној тужби не утиче на вредност акција,<sup>867</sup> док поједини аутори сматрају да јавно објављивање постојања поступка по деривативној тужби може чак и негативно утицати на вредност акција друштва, јер тада инвеститори имају сумњу у принципе на којима управа заснива пословање друштва.<sup>868</sup> У овом случају вредност акција може бити индиција за промену перцепције о пословном угледу компаније и да самим тим некада неће бити у интересу друштва да се води поступак по деривативној тужби.

Надлежност суда за одлучивање о целисходности деривативне тужбе има своје присталице и противнике. У прилог постојања надлежности суда за одлучивање о целисходности деривативне тужбе могу се навести три разлога. Прво, присуство суда омогућава да услови за подношење деривативне тужбе буду шире дефинисани, у односу на случај када суд има само надлежност за одлучивање о

---

<sup>867</sup> D. Fischel, M. Bradley, 281.

<sup>868</sup> A. Reisberg (2007), 224. *Ibid.*, 279.

основаности деривативне тужбе. Наиме, деривативна тужба од самог настанка, па до данас представља изузетак од општих правила компанијског права, те је неспорно да морају постојати ограничења која се постављају члановима друштва за подношење тужбе, како би се спречиле могуће злоупотребе. Уколико се поставе шира ограничења, као што су била ограничења формирана у правилу *Foss vs Harbottle*, постоји мања вероватноћа да ће тужба бити злоупотребљена. Међутим, у овим околностима може се догодити да у конкретном случају нису испуњени услови за подношење деривативне тужбе, а да на основу чињеница случаја јасно проистиче потреба да се деривативна тужба поднесе. У том погледу наглашена улога суда у поступку по деривативној тужби омогућава да се формирају либералнији услови за подношење деривативне тужбе, али и да се као својеврсна компензација успостави контролна улога суда, на основу које ће суд имати надлежност да у сваком конкретном случају утврди да ли је деривативна тужба поднета са правим разлогом. Управо ово образложење је навела комисија која је припремала енглески Компанијски закон из 2006. године, којим је проширена надлежност суда у поступку по деривативној тужби.<sup>869</sup> Друго, сматра се да наглашена улога суда у поступку по деривативној тужби утиче на углед деривативне тужбе у друштву, на начин да би требало да доведе до већег поверења у деривативну тужбу као средство дисциплиновања управе друштва.<sup>870</sup> Треће, не постоји друго тело или орган, осим суда који би боље могао да утврди да ли је тужба на први поглед основана, а самим тим и да ли се подноси са исправним мотивом, јер се судови сваки дан баве овим питањима.<sup>871</sup> Са друге стране, постоје мишљења која указују да није пожељно да судови имају наглашену улогу у поступку по деривативној тужби, јер они немају способности да процене да ли је одређена тужба у интересу друштва, јер немају способност пословног расуђивања нити искуства у поступку доношења пословних одлука. Некомпетентност суда да одлучи да ли је конкретна деривативна тужба у интересу друштва доказује се тиме да су судови традиционално одбијали да интервенишу у унутрашње спорове компаније, што је присутно и данас.<sup>872</sup>

Поред одлучивања о покретању или дозволи наставка поступка по

---

<sup>869</sup> D. Kershaw, 2.

<sup>870</sup> A. Reisberg (2007), 73-74.

<sup>871</sup> *Ibid.*, 110.

<sup>872</sup> *Ibid.*; Julian Velasco, „Empowering Courts in Corporate Law“, *Journal of Corporation Law* Vol. 42, No. 3 2017, 772.

деривативној тужби, потребно је поменути да судови могу имати надлежност за одлучивање и о целисходности предузимања појединих радњи у поступку. У овом случају такође се издвајају енглеско и америчко право. У енглеском праву закључење поравнања у поступку по деривативној тужби мора бити одобрено од стране суда.<sup>873</sup> Такође, у случају успешног окончања поступка, суд по дискреционој оцени може одлучити да компанију обавезе да тужиоцима надокнади трошкове које су имали поводом поступка.<sup>874</sup> У америчком праву одобрење суда је неопходно како за закључење судског поравнања, тако и за било коју другу радњу која се односи на располагање тужбеним захтевом.<sup>875</sup> У овом случају утицај суда је нешто мањи, међутим и даље веома значајан, јер се тиме у једном ширем значењу спречава могућност злоупотребе деривативне тужбе.

Одговор на питање да ли судовима треба дати ширу надлежност у поступку по деривативној тужби, зависи од традиције сваког појединачног права и развијености судске и пословне праксе. Уколико се судови у одређеном праву нису довољно бавили питањима која се тичу објективног домена примене деривативне тужбе, они по правилу не би били у могућности да процене да ли је конкретна деривативна тужба у интересу друштва. Такође, уколико судска пракса у погледу компанијско правних спорова није довољно развијена, онда би наглашена улога суда у поступку по деривативној тужби била терет судовима, који би у крајњем исходу могао значајно да утиче на примену деривативне тужбе.

На крају, може се закључити да оправданост проширења судске надлежности у поступку по деривативној тужби, у контексту одлучивања о целисходности тужбе и појединих радњи, као такав није споран, али је спорна могућност реализације додатне надлежности суда, а што у крајњем исходу треба да буде одлучујући критеријум за постојање ове надлежности суда у поступку по деривативној тужби.

## 1.2. Одлучивање о испуњености услова за вођење поступка и основаности тужбеног захтева

За разлику од надлежности за одлучивање о целисходности деривативне тужбе, надлежност суда за одлучивање о основаности деривативне тужбе није

---

<sup>873</sup> Британски Закон о парничном поступку, чл. 19.9 F.

<sup>874</sup> Британски Закон о парничном поступку, чл. 19.9. E.

<sup>875</sup> Правило 23.1. Федералних правила о парничном поступку и правила државе Делавер.



спорна, већ произилази из основне функције парничног суда. У овом случају суд најпре мора да утврди да ли су испуњени услови за подношење деривативне тужбе који су прописани законом, а тек након тога да ли је деривативна тужба основана. У првом кораку, суд нема овлашћење да доноси дискреционе оцене које могу утицати на право на подношење деривативне тужбе, већ треба да утврди да ли постоје законом прописане објективне чињенице на којима тужилац заснива активну легитимацију у поступку. Уколико суд утврди да тужилац испуњава услове за подношење деривативне тужбе, онда суд мора прећи у фазу одлучивања о основаности деривативне тужбе, без обзира да ли се у конкретном случају већ на први поглед може оценити да деривативна тужба није у интересу друштва.

## **2. Српско право**

У српском праву улога суда у поступку по деривативној тужби се не разликује од улоге суда у осталим врстама парничног поступка, те се своди на одлучивање о постојању услова за вођење поступка (процесних претпоставки) и одлучивање о основаности тужбеног захтева. Дакле, у српском праву суд не може да улази у питање целисходности деривативне тужбе, односно да ли је само подношење тужбе у интересу друштва, као што је то случај у упоредном праву. Такође, у српском праву суд нема посебну надлежност која се односи на одобравање предузимања појединих радњи у поступку, мимо општих правила парничног поступка (на пример, закључење судског поравнања, повлачење тужбе или одрицање од тужбеног захтева).

Уколико се узму у обзир поменута решења упоредног права и стање наше судске праксе, неспорно је да у овом тренутку, а ни у наредном периоду нема простора да се судијама привредних судова додели улога у поступку по деривативној тужби, а која ће бити усмерена на оцену целисходности тужбеног захтева. У овом тренутку судије привредних судова не располажу довољним знањем да би могле да одлуче о томе шта је у интересу једног привредног друштва, а шта није. Наиме, у пракси судије се још увек тешко сналазе и са применом института посебних дужности према привредном друштву у поступцима по директним тужбама, у смислу дефинисања правних стандарда који су садржани у законским формулацијама посебних дужности. Овде је такође потребно нагласити да ни

посебне дужности, као ни сама деривативна тужба нису биле предмет већег броја судских поступака, из ког разлога судови немају формиране ставове о стандардима који чине садржину посебних дужности према друштву. Када би се у поступку по деривативној тужби додала и надлежност суда за преиспитивање целисходности тужбеног захтева, вероватно је да се не би постигло унапређење постојећег стања ствари. Ове околности је потребно нагласити, јер је српски законодавац склон да некритички преузима решења упоредног законодавства, па би у том смислу требало избећи решења која би закомпликовала постојеће стање ствари у примени деривативне тужбе.

Међутим, без обзира на претходно наведено потребно је напоменути да надлежност суда за одлучивање о целисходности тужбеног захтева у сфери компанијског права није у потпуности страна српском праву. На пример, у судском поступку ради искључења члана друштва са ограниченом одговорношћу на захтев тужиоца суд може одредити привремену меру суспензије права гласа члана друштва чије се искључење тражи, као и других права тог члана друштва или привремену меру увођења принудне управе у друштво, ако нађе да је то нужно и оправдано ради спречавања настанка штете за друштво (ова врста тужбе може бити истакнута у форми деривативне тужбе).<sup>876</sup> Такође, у поступку по тужби акционара који поседује најмање 20% основног капитала за престанак друштва, суд уколико оцени да су разлози за подношење тужбе отклоњиви, може оставити друштву рок од највише шест месеци за отклањање неправилности које су дале повод за тужбу. Уколико пак друштво у остављеном року не отклони неправилности, суд ће пресудом одредити престанак друштва или једну или више од законом прописаних мера.<sup>877</sup> Овде је једино спорно да ли тужилац тужбом може захтевати престанак друштва или једну од законом прописаних мера, или суд ове мере може одредити по сопственој одлуци. Ипак, када је реч о условима за подношење деривативне тужбе за сада нема потребе за проширењем надлежности суда и на одлучивање о целисходности тужбеног захтева, јер судови у овом тренутку немају довољно искуства у областима компанијског права које чине објективни домен примене деривативне тужбе.

---

<sup>876</sup> ЗПД, чл. 196 ст. 3.

<sup>877</sup> ЗПД, чл. 469.

## ГЛАВА XIII

### ОПРАВДАНОСТ ПРАВА ЧЛАНОВА ДРУШТВА НА ПОДНОШЕЊЕ ДЕРИВАТИВНЕ ТУЖБЕ

У оквиру излагања о субјективном домену примене деривативне тужбе било је речи о томе која лица могу бити потенцијални тужиоци, те је изнет закључак да би овлашћење на подношење деривативне тужбе требало дати првенствено појединачним члановима друштва. Имајући у виду наведено, отварање расправе о оправданости овлашћења чланова друштва на подношење деривативне тужбе, у овом тренутку, може деловати непотребно или барем изненађујуће. Ипак, расправа о оправданости овлашћења чланова друштва на подношење деривативне тужбе представља неопходан сегмент анализе деривативне тужбе из два разлога. Прво, како би се указало да постоје и другачији ставови. Друго, да би се потврдила полазна хипотеза да чланови друштва представљају најподобнија лица за подношење деривативне тужбе. Отуда анализа оправданости овлашћења чланова друштва на подношење деривативне тужбе треба да обухвати поједине проблеме који могу довести у питање легитимитет овлашћења чланова на подношење тужбе и начине на који се ти проблеми могу превазићи.

Оправданост права чланова друштва на подношење деривативне тужбе своди се на једно кључно питање, а то је да ли и под којим условима члановима друштва треба дати право на подношење тужбе.<sup>878</sup> Расправа има емпиријску основу у виду две појаве које су уочене у примени деривативне тужбе, а то су одсуство подношења деривативне тужбе и њена злоупотреба. Одсуство подношења деривативне тужбе је карактеристика европских права.<sup>879</sup> Са друге стране расправа о злоупотреби деривативне тужбе настала је у пракси америчких судова средином 20. века, у тренутку када су судови уочили да мотив чланова за подношење тужбе није увек заштита интереса друштва. Имајући у виду наведено поједине америчке државе су

---

<sup>878</sup> A. Reisberg (2007), 1.

<sup>879</sup> James D. Cox, Randall S. Thomas, „Common Challenges Facing Shareholder Suits in Europe and the United States“, *European Company and Financial Law Review* 2-3/2009, 349. Вид. Kristoffel Grechenig, Michael Sekyra, No Derivative Shareholder Suits in Europe – A Model of Percentage Limits, Collusion and Residual Owners, Columbia Law and Economics Working Paper No. 312, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=933105>, 05.07.2015, 1-28.

измениле законе како би поштриле услове за подношење тужбе, што је престављало тренутни одговор америчког законодавца на уочени проблем (на пример, у појединим државама уведено је правило о давању обезбеђења трошкова поступка од стране тужиоца).<sup>880</sup> С обзиром на околност да чланови друштва у одређеним правима не користе овај институт, док се у другим правима деривативна тужба злоупотребљава, не може се оспорити основаност постојања дилеме да ли члановима друштва уопште треба дати право на подношење тужбе. У основи ова расправа се не односи само на то да ли члановима друштва треба дати овлашћење на подношење деривативне тужбе, већ да ли је деривативна тужба уопште потребна компанијском праву. Поред емпиријских разлога, постоје и суштински разлози који доводе у питање оправданост овлашћења чланова друштва на подношење деривативне тужбе. Наиме, полазећи од чињенице да деривативна тужба представља изузетак од темељних принципа компанијског права<sup>881</sup> потребно је пронаћи довољне разлоге за постојање деривативне тужбе.

На крају, потребно је указати да проблем оправданости овлашћења чланова друштва на подношење деривативне тужбе део је шире теме, а то је оправданост или легитимитет акционарских тужби уопште, јер се сматра да није пожељно да друштво у великој мери буде изложено тужбама својих чланова (акционара).<sup>882</sup>

### **1. Чланови друштва као титулари права на подношење деривативне тужбе – расправа на нивоу појма члана привредног друштва**

Изношење закључка да чланови друштва треба да имају право на подношење

---

<sup>880</sup> Правило је прво уведено у Њујорку, а затим и другим државама, на пример Калифорнији и Њу Џерсију. Henry W. Ballantine, „Abuses of Shareholders Derivative Suits: How Far Is California's New Security for Expenses Act Sound Regulation“, *California Law Review* Vol. 37, No. 3 1949, 399-402.

<sup>881</sup> Видети излагање у глави VIII.

<sup>882</sup> A. Reisberg (2007), 76. Овај проблем је нарочито присутан у америчком праву због постојања колективне тужбе, те се дешава да се по истом основу поднесе и колективна и деривативна тужба. Вид. Stephen J. Choi, Jessica Erickson, Adam C. Pritchard, Piling on? an empirical study of parallel derivative suits, New York Law and Economics Research Paper No. 16-05, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=2703509>, 07.08.2016, 2. Поред наведеног, теорија сматра да акционарске тужбе нису постигле сврху која се од њих очекује, односно није доказано да доводе до смањења корпоративних пропуста (посебно када је реч о преварама у вези са функционисањем тржишта капитала, енгл. *securities fraud*). Вид. Denise N. Martin, et. al., „Recent Trends IV: What Explains Filings and Settlements in Shareholder Class Actions“, *Stanford Journal of Law, Business & Finance* Vol. 5, No.1 1999, 126-127.

деривативне тужбе, не окончава у потпуности трагање за адекватним тужиоцем, јер овлашћење на подношење деривативне тужбе може бити дато скупштини друштва или појединачним члановима. Уколико се овлашћење на подношење деривативне тужбе да појединачним члановима друштва потребно је размотрити да ли овлашћење треба дати свим члановима друштва или је потребно поставити услове на основу којих би овлашћење на подношење тужбе припадало само појединим члановима друштва. У овом случају углавном је реч о постављању капитал цензуса као услова за подношење деривативне тужбе и захтеву да тужилац мора имати својство члана друштва у време настанка спорне радње или само у време подношења тужбе, или у оба тренутка, а са тиме у вези може бити спорно да ли овлашћење на подношење тужбе треба дати и бившим члановима друштва, који су то својство имали у тренутку када се догодила спорна радња, али су након тога изашли из друштва.

Када је реч о скупштини друштва, поменуто је да постоје права у којима је скупштина друштва овлашћен орган за подношење деривативне тужбе. Уколико се изузме расправа о томе да ли у овом случају уопште може постојати деривативна тужба, о чему је такође било речи,<sup>883</sup> на овом месту би требало додатно образложити због чега скупштина друштва није подобан орган за одлучивање о покретању судског поступка против лица унутар друштва.

Давање овлашћења свим члановима друштва да одлуче о подношењу тужбе против лица унутар друштва, на први поглед чини се као добро решење, јер тужба за чије подношење је гласала већина чланова требало би да има неспоран легитимитет, с обзиром на околност да скупштина друштва састављена од свих чланова друштва има највећи ауторитет да процени да ли треба покренути судски поступак против лица која су својим поступањем нанела штету друштву. Међутим, уколико би одлука о покретању судског поступка против лица унутар друштва представљала део (додате) надлежности скупштине друштва, постојали би одређени проблеми у практичној реализацији остваривања тог овлашћења. Наиме, како је више пута наведено један од основних циљева деривативне тужбе јесте да се право на подношење тужбе изузме од контроле лица која би требало да се нађу на месту туженог. У том погледу потребно је указати, да барем када је реч о српском праву, управа друштва има кључну улогу у поступку сазивања и одржавања скупштине

---

<sup>883</sup> Видети излагања у глави X.

друштва, јер доноси одлуку о сазивању седнице скупштине (редовне и ванредне) и предлаже дневни ред.<sup>884</sup> Поред тога, осим формалног, управа друштва може имати и фактички утицај на чланове друштва, који такође може спречити подношење тужбе.<sup>885</sup> Чланови друштва имају право да захтевају од управе да сазове ванредну седницу скупштине или да се у дневни ред седнице скупштине која је сазвана од стране управе уврсти нова тачка дневног реда, али је ово право код акционарских друштава ефективно могуће реализовати само у судском поступку, јер увек постоји могућност да управа не поступи по захтеву чланова друштва.<sup>886</sup> У том погледу, барем у српском праву, било би непрактично да право на одлучивање о подношењу деривативне тужбе има скупштина друштва. У прилог наведеном говори чињеница да је у српском праву код друштва са ограниченом одговорношћу уведена деривативна тужба ради искључења члана судском одлуком, јер се у пракси показало потпуно непрактично да о подношењу тужбе за искључење одлучује скупштина друштва. Такође, имајући у виду да у српском праву тужени код деривативне тужбе могу бити и чланови друштва, није за очекивати да би се одлука о подношењу тужбе могла издејствовати на нивоу скупштине друштва, било да је реч о тужби због повреде посебних дужности која може бити поднета само против већинског члана, односно члана који има значајно капитал учешће, или је реч о тужби због повреде правила о ограничењима плаћања која може бити поднета против сваког акционара. У овом случају није реч о томе да би потенцијални тужени својим гласањем могао да утиче на исход гласања, јер би по општим правилима његово право гласа било искључено, већ је реч о фактичком утицају који тужени могу имати на остале чланове друштва, као што је то случај када одлуку о покретању поступка треба да донесе управа друштва против неког од директора. Може се рећи да би у овом случају било такође речи о својеврсној пристрасности, јер чланови друштва можда не би били вољни да стварају праксу подношења тужби због одређеног поступања којем и сами могу бити склони. Осим, наведеног у литератури се наводи још један аргумент против постојања надлежности скупштине

---

<sup>884</sup> Исти проблем постоји и у другим правима. Вид. А. Reisberg (2007), 82; ЗПД, чл. 202 ст. 1, 204, 205, 336, 337, 365, 372.

<sup>885</sup> P. Davies, S. Worthington, E. Micheler, 606.

<sup>886</sup> ЗПД, чл. 338, 339, 372. Код друштва са ограниченом одговорношћу ЗПД не прописује судску заштиту права чланова друштва на сазивање седнице скупштине и права на захтевање допуне дневног реда, већ овлашћење на предузимање ових радњи у случају пасивности директора, по самом закону прелази на подносиоце захтева. Вид. ЗПД, чл. 202 ст. 4, 205 ст.1.

друштва за доношење одлуке о покретању било ког судског поступка, па између осталог и по деривативној тужби, а односи се на традиционалну пасивност акционара (чланова). Пасивност акционара подразумева да они по правилу нису заинтересовани за учешће на скупштини, или чак и када се одлуче да учествују не доносе самосталне одлуке, већ прате упутства управе или већинског члана, из ког разлога није за очекивати проактивно деловање скупштине друштва у односу на покретање судског поступка, који се чак ни не односи директно на правну позицију чланова друштва.<sup>887</sup> У контексту пасивности акционара и могућег утицаја управе, може се догодити да скупштина друштва и нема сазнања за учињену повреду, већ само појединачни акционари који немају довољан утицај да покрену активност скупштине по том питању.<sup>888</sup> На крају, веома значајан ограничавајући фактор надлежности скупштине друштва за доношење одлуке о покретању поступка јесте могућност подношења тужбе ради побијања одлуке скупштине.<sup>889</sup> Могућност побијања одлуке скупштине друштва о подношењу тужбе на два начина може да има негативан ефекат на функционисање овлашћења скупштине по овом питању. Прво, подношење тужбе за побијање одлуке би требало да доведе до прекида поступка по деривативној тужби, што отвара и могућност злоупотребе тужбе за побијање у смислу да се тужба за побијање одлуке поднесе само како би се изазвао прекид поступка по деривативној тужби. Друго, успех у поступку по тужби за побијање одлуке би требало да доведе до одбацивања деривативне тужбе, јер би се тада утврдило да не постоји предуслов, односно одлука надлежног органа за покретање поступка. Све наведено у практичној примени може одузети значајно време и губитак фокуса на поступак по деривативној тужби, а због чега скупштина друштва није подобан орган да одлучује о оваквој врсти питања.

На основу свега наведеног се потврђује да право на подношење деривативне тужбе треба да имају чланови друштва појединачно, а не скупштина као колективни орган.<sup>890</sup> Међутим, није спорно да право на подношење деривативне тужбе не би требало да имају сви чланови друштва.

Капитал цензус као услов за подношење деривативне тужбе је веома значајан за расправу о оправданости овлашћења чланова друштва на подношење деривативне

---

<sup>887</sup> A. Reisberg (2007), 82.

<sup>888</sup> P. Davies, S. Worthington, E. Micheler, 609.

<sup>889</sup> ЗПД, чл. 217, 376.

<sup>890</sup> P. Davies, S. Worthington, E. Micheler, 609.

тужбе, јер по схватању већине аутора служи првенствено, ако не и искључиво, спречавању подношења непотребних тужби.<sup>891</sup> У односу на српско право поменути сврха капитал цензуса је неспорна, с обзиром на околност да је у образложењу ЗПД из 2011. године сврха овог услова за подношење тужбе објашњена управо спречавањем могућих злоупотреба тужбе. Поред поменутог објашњења, теорија се углавном није бавила природом овог услова за подношење тужбе, што је вероватно последица чињенице да англосаксонско право не поставља капитал цензус као услов за подношење деривативне тужбе из ког разлога је ово питање остало изван домена интересовања аутора који потичу са англосаксонског правног подручја. У европској литератури капитал цензус се осим као мера за спречавање подношења неоснованих тужби, објашњава и као потврда чињенице да је примарна сврха деривативне тужбе накнада штете, а не превентивни ефекат, јер се овлашћење на подношење деривативне тужбе везује само за чланове друштва који имају одређени удео, а самим тим и меру економског интереса у друштву.<sup>892</sup> Капитал цензус би требало да је блиско повезан са осталим ограничењима за подношење тужбе, јер уколико су прописана додатна ограничења, онда капитал цензус као такав није од нарочитог значаја и самим тим не постоји потреба за његовим постојањем. Претходно наведено потврђује англосаксонско право у коме овлашћење на подношење деривативне тужбе има сваки члан друштва, али са друге стране постоје препреке које могу ефикасније да спрече подношење непотребне тужбе, него што је то случај са капитал цензусом. Међутим, постоје и права, као што је на пример немачко, у коме поред капитал цензуса, постоје додатне препреке подношењу деривативне тужбе, сличне онима у англосаксонском праву, што указује да немачки законодавац није био уверен у постојање оправданости права чланова друштва на подношење деривативне тужбе. Имајући у виду наглашену улогу суда у поступку по деривативној тужби, у немачкој правној теорији се поставило питање да ли је неопходно постојање капитал цензуса као услова за подношење деривативне тужбе, али је закључено да је то ипак неопходно, јер претходни поступак у коме суд одлучује о томе да ли ће наставити поступак по тужби сам по себи може имати негативне ефекте на друштво, те би право на подношење тужбе требало ограничити

---

<sup>891</sup> M. Gelter (2012), 856; J. Cox, R. Thomas (2009), 353; P. Giudici, 250.

<sup>892</sup> J. Cox, R. Thomas (2009), 353-354.



и у односу на овај сегмент.<sup>893</sup> Основни недостатак капитал цензуса, као услова за подношење деривативне тужбе, је тај што је готово немогуће утврдити који конкретно проценат учешћа у основном капиталу друштва представља праву меру интереса у друштву, а што би требало да доведе до спречавања подношења непотребних тужби.<sup>894</sup> У овом раду је изнето мишљење да би дефинисање износа требало засновати на структури власништва друштава у сваком праву појединачно. У прилогу наведеном говоре тумачења да би у америчком праву увођење чак и минималног капитал цензуса готово онемогућило примену деривативне тужбе, јер је акционарство у америчком окружењу доста дисперзовано.<sup>895</sup>

У поређењу са капитал цензусом, као могућим условом за подношење деривативне тужбе, може бити значајније питање да ли право на подношење деривативне тужбе треба условљавати тиме да тужилац има статус члана друштва, како у време настанка основа тужбе, тако и време подношења тужбе и са тиме у вези да ли овлашћење на подношење деривативне тужбе треба дати бившим члановима друштва.

По овом питању најзахтевније је америчко право које захтева да тужилац има статус члана друштва у оба поменута тренутка, али и за све време трајања судског поступка.<sup>896</sup> Разлог постојања овако строгог услова за постојање активне легитимације за подношење деривативне тужбе је, према схватању литературе, инспирисан настојањем да се обезбеди да само члан друштва који је заиста посредно оштећен радњама туженог има право на подношење деривативне тужбе.<sup>897</sup> У прилог томе да овлашћење на подношење деривативне тужбе треба да имају само чланови који су то својство имали и у време настанка спорне трансакције и време подношења тужбе истичу се и додатна два аргумента. Први аргумент се односи на могућност злоупотребе тужбе, у смислу да је могуће да се удео у друштву стекне само ради подношења деривативне тужбе.<sup>898</sup> Други аргумент се односи на чињеницу да су само чланови друштва који су то својство имали у оба поменута тренутка

---

<sup>893</sup> P. Carsten, 106.

<sup>894</sup> M. Gelter (2012), 857.

<sup>895</sup> *Ibid.*, 861.

<sup>896</sup> Joseph C. II Barsalona, „Litigation Supply Should Not Exceed Shareholder ADR Demand: How Proper Use of the Demand Requirement in Derivative Suits Can Decease Corporate Litigation“, *Oregon Law Review* Vol. 90, No. 3 2012, 778-779.

<sup>897</sup> A. Reisberg (2007), 205.

<sup>898</sup> C. Harvey, 1197.

заправо оштећени радњом која је предмет тужбе. Наиме, сматра се да би лице које постане члан друштва након настанка спорног догађаја, подношењем тужбе стекло неосновану корист, јер претходно није претрпео губитак, с обзиром на то да није био члан друштва у време настанка штете.<sup>899</sup> Први аргумент, барем када је реч о српском праву, је у потпуности непримењив, јер код садашњег стања ствари заиста је мало вероватно да би одређено лице стекло удео у друштву примарно са намером да би поднело деривативну тужбу. У односу на други аргумент, основна замерка која се може истаћи јесте да се у овом случају деривативна тужба схвата као средство усмерено ка заштити чланова друштва. Међутим, неспорно је да је деривативна тужба на првом месту усмерена ка заштити интереса друштва, а тек посредно и ка заштити интереса чланова. Уколико би деривативна тужба допринела заштити интереса друштва, онда је од секундарног значаја да ли би од тога имао корист и члан друштва, који није имао то својство у тренутку настанка спорне трансакције и који наводно због тога није претрпео никакву штету. У овим околностима вероватно је да ће постојати и чланови друштва који су имали својство члана друштва у тренутку настанка штете, па у односу на исту деривативну тужбу не би могао да се истакне овај приговор. Дакле, није прихватљиво тумачење да у једном истом случају деривативна тужба може бити оправдана, уколико је подноси члан који је имао то својство у оба тренутка, али да може бити и неоправдана, уколико је подноси члан који је имао то својство само у тренутку подношења тужбе. Имајући у виду све наведено не може се пронаћи адекватно оправдање за постављање услова да тужилац код деривативне тужбе мора имати својство члана друштва у тренутку настанка штете друштва. Овај услов за подношење деривативне тужбе је критикован у литератури, јер се сматра да заправо није усмерен ка спречавању непотребних тужби, већ има само формални карактер, што је препознала и пракса која је формирала одређене изузетке од овог услова за подношење тужбе.<sup>900</sup> Такође, овом темом бавила се и комисија која је припремала енглески Компанијски закон из 2006. године, која је такође закључила да право на подношење деривативне тужбе не треба условљавати тиме да је тужилац имао својство члана друштва у време настанка спорне радње. Комисија је своје схватање образложила општим правилом компанијског права да приликом преноса удела,

---

<sup>899</sup> A. Reisberg (2007), 57.

<sup>900</sup> T. Brandi, 372.

нови члан у потпуности ступа у правну позицију претходног члана, како у погледу права, тако и у погледу обавеза које проистичу из чланства у друштву.<sup>901</sup> Исто схватање заступљено је и у енглеској литератури.<sup>902</sup> Поред наведеног комисија је указала да право на подношење деривативне тужбе није лично право члана из ког разлога право на подношење тужбе не би требало везивати за својства тужиоца, већ искључиво за потребу заштите интереса друштва.<sup>903</sup>

На крају, када је реч о бившим члановима друштва, без обзира да ли је реч о лицима која су својство члана имала у тренутку настанка штете, већина аутора сматра да право на подношење деривативне тужбе не треба дати овим лицима, јер су изласком из друштва изгубили правни и економски интерес за подношење тужбе, с обзиром на чињеницу да не могу имати чак ни посредну корист од успешног окончања судског поступка.<sup>904</sup> Овај закључак је у потпуности прихватљив, јер се заиста не може уочити постојање оправданог интереса бившег члана друштва за подношење деривативне тужбе. Поред наведеног, као један од аргумената који се истиче против давања овлашћења на подношење деривативне тужбе бившим члановима друштва јесте да је бивши члан друштва након штетног догађаја потенцијални губитак због радње туженог компензовао самим изласком из друштва и вероватно купопродајном ценом удела.<sup>905</sup> Међутим, овај аргумент није у тој мери прихватљив као претходни, јер у пракси уколико се открију спорне трансакције код циљног друштва, то доводи до умањења купопродајне цене, по ком основу овај аргумент пре се може истаћи у прилог постојања овлашћења бившег члана друштва за подношење деривативне тужбе.

## **2. Одређени проблеми уколико се право на подношење тужбе додели члановима друштва**

Постоји неколико практичних и концептуалних проблема који се везују за овлашћење члана друштва на подношење деривативне тужбе. Први проблем односи се на мотив члана друштва који утиче на доношење одлуке о подношењу тужбе. Други проблем се тиче недовољне информисаности, јер чланови друштва често нису

---

<sup>901</sup> A. Reisberg (2007), 140-141, 205.

<sup>902</sup> P. Davies, S. Worthington, E. Micheler, 616.

<sup>903</sup> A. Reisberg (2007), 140.

<sup>904</sup> P. Davies, S. Worthington, E. Micheler, 616.

<sup>905</sup> A. Reisberg (2007), 58.

довољно упознати са пословањем друштва да би уопште сазнали да постоји основ за подношење тужбе. Недовољна информисаност чланова друштва утиче и на способност чланова да прикупе доказе потребне за подношење тужбе и даље вођење поступка. На крају, поступак по деривативној тужби по правилу захтева одређена новчана средства која уколико падају на терет тужилаца, представљају значајно оптерећење које може одвратити чланове друштва од подношења тужбе.<sup>906</sup>

## 2.1. Различити интереси друштва и чланова који подносе тужбу

Имајући у виду да се деривативном тужбом не штите лични интереси тужиоца, већ интереси друштва, те да корист од поступка припада директно друштву, може се поставити питање због чега би чланови друштва били заинтересовани да поднесу деривативну тужбу.<sup>907</sup> Ово питање се може поставити без обзира да ли је овлашћење на подношење деривативне тужбе признато свим или појединим члановима друштва, јер се успех у поступку преко правног субјективитета друштва на једнак начин одражава на положај свих чланова друштва. У том погледу, обично се сматра да код деривативне тужбе увек постоје чланови друштва који се неосновано богате, јер уколико поједини чланови друштва уложе напор да покрену и воде поступак, остали чланови остварују „бесплатну корист“.<sup>908</sup> Поред наведеног, поменути ефекти деривативне тужбе могу довести и до парадокса, уколико на пример тужбу поднесе члан који има 1% удела у друштву, против члана који има 99% удела, а који својим поступањем друштву наноси штету. Наиме, у овом случају све и да тужилац успе у спору, корист од поступка ће фактички припасти туженом, а не тужиоцу, јер тужени има већи проценат удела у друштву.<sup>909</sup>

Мотив члана друштва за подношење деривативне тужбе тиче се подстицаја који доводе до тога да се члан друштва одлучи на подношење деривативне тужбе.

---

<sup>906</sup> *Ibid.*, 84-88.

<sup>907</sup> J. Fisch, 749.

<sup>908</sup> Истовремено, наведено може представљати и разлог одсуства тужби, јер ће сваки члан очекивати да неко други поднесе тужбу и уложи напор у вођење поступка, јер се тада стиче „бесплатна корист“ од поступка. Вид. Dario Latella, *The Shareholder Derivative Suits: Dysfunction and Remedies Against a 'Paradoxal' Inactivity*, *Corporate Ownership and Control Journal*, 2010, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=1634961>, 07.08.2016, 9.

<sup>909</sup> A. Cahn, D. Donald, 600.

Сви подстицаји за подношење деривативне тужбе могу бити објективне природе или се могу односити на личне разлоге због којих се члан друштва одлучио на подношење тужбе.

Фактори објективне природе који утичу на доношење одлуке о подношењу деривативне тужбе представљају најпре законом дефинисани услови за подношење тужбе, затим правила поступка, као и друга законска регулатива положаја члана у друштву. У том погледу уколико је члану друштва тешко да испуни законом прописане услове или да уопште сазна за могућност подношења тужбе, онда је мало вероватно да ће бити мотивисан да се бави потребом подношења деривативне тужбе.<sup>910</sup>

Са друге стране, субјективно поимање мотива за подношење деривативне тужбе се односи на корист за коју тужилац очекује да ће уследити након успешног окончања поступка, или другим речима шта тужилац жели постићи подношењем тужбе. Управо овај сегмент подстицаја за подношење деривативне тужбе доводи у питање оправданост овлашћења члана друштва на подношење деривативне и одражава се на следећи начин.

Наиме, могуће је да због малог удела у друштву чланови уопште неће бити заинтересовани за подношење тужбе, што би нарочито био случај у горе поменутој ситуацији када тужилац има 1% удела у друштву, а тужени 99%. Због наведеног постоје залагања да се чланови друштва који имају мали проценат удела, подстакну на подношење тужбе тиме што би имали право на део директне користи која се оствари у поступку.<sup>911</sup> У овом случају износ који би се досуђивао тужиоцу би имао карактер награде за уложен труд, а која би се досуђивала на основу дискреционе одлуке суда. Потребно је указати да ово решење представља алтернативу посебним правилима о трошковима поступка у контексту стварања економског подстицаја за подношење тужбе. Англосаксонска литература је понудила неколико оправдања за увођење овог решења. Прво, тиме би се отклонио синдром „слепог путника“, као и традиционална пасивност акционара, јер би чланови имали подстицај да предузму радње у циљу заштите интереса друштва, а не да чекају да то учини неко други. Са тиме у вези, отклонио би се ефекат неоснованог обогаћења, који неминовно постоји

---

<sup>910</sup> Овај проблем је нарочито присутан у случају када члан друштва има мали удео у капиталу друштва. Вид. J. Fisch, 749.

<sup>911</sup> A. Cahn, D. Donald, 600; A. Reisberg (2007), 246; М. Васиљевић (20136), 238.

код деривативне тужбе, а који се односи на корист коју од поступка добијају чланови друштва који нису уложили труд у вођење поступка. Затим се истиче да у већини случајева компанија плаћа трошкове поступка туженима, па се не види разлог због чега компанија по истом принципу део користи од поступка не би усмерила ка својим члановима који су водили поступак. Применом овог правила чланови друштва који су водили поступак би били у сигурној економској позицији, у односу на ситуацију када би могли да рачунају само на посебна правила о трошковима поступка. На крају, у појединим земљама идентично решење већ постоји и показало се као оправдано. Такође, чак су и амерички судови понекад тужиоцима досуђивали део износа који припада друштву<sup>912</sup> и то управо у околностима када тужени и даље контролишу друштво, а како би се избегло да се корист остварена у поступку фактички врати онима који су нанели штету компанији.<sup>913</sup>

Међутим, дати предлог, барем у српском праву није прихватљив, из једног практичног и једног суштинског разлога. Када је реч о практичном разлогу, потребно је имати у виду да нису све деривативне тужбе усмерене ка истицању новчаног захтева, па у случају када је реч о неновчаном захтеву ова врста подстицаја не би била могућа. Поред наведеног, поставља се питање на који начин треба поступити уколико је више чланова друштва поднело деривативну тужбу. У овом случају, али и када је тужбу поднео само један члан, било би веома тешко формирати критеријуме на основу којих би се одређивао износ који би се исплаћивао тужиоцима, јер у овом случају није реч о накнади штете или другом потраживању члана друштва. Такође, давањем права тужиоцу на део учешћа у користи оствареној у поступку, не би било у складу са природом деривативне тужбе, јер би тиме фактички дошло до брисања линије разграничења између правног субјективитета друштва и његових чланова. Додатно, као што је случај и са повериоцима друштва, не би било могуће оправдати да одређено право које припада друштву као целини, макар и само делимично припадне појединим члановима друштва.

Осим спорног подстицаја, у сфери мотива за подношење деривативне тужбе могуће је да члан друштва тужбу поднесе, не у циљу заштите интереса друштва, већ

---

<sup>912</sup> Вид. В. Савковић (2004), 20.

<sup>913</sup> А. Reisberg (2007), 246-252.

са неким недозвољеним мотивом. Недозвољен мотив за подношење деривативне тужбе би постојао, на пример, уколико би тужба била поднета са намером да се изврши притисак на управу друштва, како би се управа спречила да доноси одређену одлуку. У овом случају јасно је да је реч о злоупотреби деривативне тужбе и да би таква деривативна тужба била недозвољена.

За разлику од претходно наведеног, ситуација у којој је деривативна тужба поднета првенствено из личних мотива тужиоца (члана друштва), који нису сами по себи недозвољени, је много спорнија у контексту расправе о оправдању права члана друштва на подношење деривативне тужбе. Са тиме у вези често се истиче да члан друштва који подноси тужбу, а који по правилу има само мали удео у друштву, није у могућности да сагледа утицај судског поступка на друштво у целини.<sup>914</sup> Наиме, сматра се да непотребна парница друштво може оставити у много горем положају, него што би то био случај да се поступак не покрене.<sup>915</sup> У том погледу може се догодити да деривативна тужба у конкретном случају буде у интересу појединачних чланова друштва или мање групе чланова, али не и у интересу друштва као целине.<sup>916</sup> На овом месту поставља се питање како је могуће да постоји сукоб интереса чланова и самог друштва у погледу потребе подношења деривативне тужбе, јер појединачни чланови друштва корист од деривативне тужбе могу остварити само посредством друштва. Овде је заправо реч о томе да појединачни чланови нису способни да процене да ли је одређена тужба у интересу друштва, те верујући да је деривативна тужба потребна друштву подносе тужбу, за коју се касније испостави да није основана или да уопште није била потребна.<sup>917</sup> Управо околност да чланови друштва нису у могућности да процене да ли је тужба у интересу друштва представља кључну тачку спорења оправданости овлашћења чланова на подношење деривативне тужбе. Имајући у виду наведено поједина права, као што су енглеско или немачко, дозвољавају да деривативна тужба буде

---

<sup>914</sup> Вид. *Ibid.*, 85, 121.

<sup>915</sup> *Ibid.*, 47.

<sup>916</sup> P. Davis, 247. У овом случају постоји разлика између онога што је индивидуално рационално и колективно пожељно. Вид. Iman Anabtawi, Some Skepticism About Increasing Shareholder Power, UCLA School of Law, Law-Econ Research Paper No. 05-16, 2005, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=783044>, 04.07.2017, 13, 43-44. Ефекат који поступак по деривативној тужби има на компанију би требало сагледати кроз реакцију тржишта на поступак, на исти начин на који се посматра утицај поступка на положај тужиоца. Вид. J. McCahery, A. Roode, 28-30.

<sup>917</sup> A. Reisberg (2007), 87.

одбачена уколико суд оцени да тужба није у интересу друштва. Међутим, уколико појединачни чланови друштва нису лица која су способна да процене да ли је деривативна тужба у интересу друштва,<sup>918</sup> поставља се питање која лица су способна за такву процену. На нивоу друштва то су неспорно органи друштва, али из свих разлога који су наведени у претходним излагањима, органима друштва се не може препустити надлежност за доношење коначне одлуке о подношењу тужбе против лица унутар друштва. Поред органа друштва, суд такође може бити надлежан за оцену постојања интереса друштва за вођење одређеног поступка, али ће се у томе суд вероватно ослањати на процене лица које ангажују странке, јер сам нема довољно искуства да процењује шта може бити добра пословна одлука. На тај начин се закључује да дефинисање круга тужилаца код деривативне тужбе према способности да се препозна интерес друштва, иако на први поглед представља прихватљиво, у практичној примени није оствариво. Наиме, иако није спорно да друштво не би требало да буде оптерећено непотребним поступцима,<sup>919</sup> структурирање овлашћења на подношење деривативне тужбе искључиво према способности да се препозна интерес друштва<sup>920</sup> би фактички одлуку о подношењу тужбе вратило лицима која могу бити потенцијални тужени,<sup>921</sup> чиме би се обесмислило постојање деривативне тужбе, јер би се тада не само спречиле непотребне тужбе, већ и тужбе које су потребне друштву. Отуда, право на подношење деривативне тужбе неспорно треба дати појединачним члановима друштва,<sup>922</sup> а спречавање подношења неоснованих или непотребних тужби могуће је постићи прецизирањем услова за стицање овлашћења на подношење тужбе или даље одвијање поступка по деривативној тужби.

---

<sup>918</sup> Овај закључак се не односи само на деривативну тужбу, већ и на друге пословне одлуке. Вид. I. Ramsay, B. Saunders, 3.

<sup>919</sup> Вид. *Ibid.*, 13.

<sup>920</sup> Поједини аутори сматрају да је интерес друштва централно питање код деривативне тужбе, чију је заштиту могуће постићи само кроз дефинисање услова за подношење тужбе од стране чланова, како би се постигла равнотежа између могућих злоупотреба и адекватне заштите друштва. J. Fisch, 754, 757.

<sup>921</sup> У литератури постоје чак и мишљења да украћивање појединачним члановима овлашћење на подношење деривативне тужбе практично представља позив за кршење дужности према друштву. Вид. George D. Hornstein, „The Death Knell of Stockholders' Derivative Suits in New York“, *California Law Review* Vol. 32, No. 2 1944, 144.

<sup>922</sup> P. Davis, 248.



## 2.2. Приступ информацијама за потребе вођења поступка

Недовољна информисаност чланова друштва о постојању основа за подношење деривативне тужбе сматра се веома значајном препреком функционисању овог института компанијског права.<sup>923</sup>

Наиме, чланови друштва који имају мали проценат учешћа у капиталу друштва, а који по правилу имају овлашћење на подношење деривативне тужбе, најчешће нису довољно информисани о пословању друштва, нити су укључени у свакодневно пословање друштва. У том смислу, чак и када мањински чланови друштва дођу до сазнања да постоји основ за подношење деривативне тужбе, на нивоу само индиција, тешко је донети одлуку о покретању поступка, како због трошкова, тако и због потенцијалног нарушавања односа у друштву. Да би чланови друштва који су овлашћени на подношење деривативне тужбе били у могућности да утврде да ли заиста постоји основ за подношење тужбе потребно је успоставити ефикасан механизам за приступ информацијама и документима друштва. Сматра се да је недовољна информисаност чланова друштва довела до потребе формирања различитих облика учешћа управе друштва у процесу подношења деривативне тужбе, а како би се у крајњем исходу могло утврдити да ли је тужба у интересу друштва и да ли уопште има основа за подношење тужбе.<sup>924</sup> Недовољна информисаност чланова друштва је нарочито присутна у европским правима, за која се сматра да не прописују адекватне механизме информисања чланова друштва за потребе функционисања деривативне тужбе. У том погледу, сматра се да је најзначајнији институт који познају европска права подношење захтева за ванредну ревизију друштва (иако се захтева виши капитал цензус у односу на право на подношење деривативне тужбе), али се у пракси показало да овај институт функционише једино у Француској.<sup>925</sup> Са друге стране, у америчком праву, осим компанијско правне регулативе и правила парничног поступка доприносе бољој информисаности чланова друштва, али се сматра да је у овом сегменту најзначајније

---

<sup>923</sup> У том смислу често се наводи да су информације крвоток сваког парничног поступка, па и поступка по деривативној тужби. Вид. А. Reisberg (2007), 85; D. Latella (2010), 11; J. Cox, R. Thomas (2009), 355; M. Gelter (2012), 870.

<sup>924</sup> А. Reisberg (2007), 104.

<sup>925</sup> M. Gelter (2012), 872-874.

право чланова друштва да изврше увид у пословну документацију компаније.<sup>926</sup>

Проблем недовољне информисаности чланова друштва је нарочито присутан код вишеструке деривативне тужбе. Наиме, иако постоје посебна правила о информисању чланова у оквиру повезаних друштава, већина права не дозвољава да чланови једног друштва изврше увид у пословну документацију повезаног друштва због начела самосталности правног субјективитета друштава, што је потврђено и у судској пракси.<sup>927</sup> Имајући у виду наведено, теорија се залаже да се право на увид у документацију друштва и опште сва права на информисање прошире и на повезана друштва.<sup>928</sup> У контексту деривативне тужбе изнети проблем нарочито долази до изражаја, јер су члановима матичног друштва фактички доступни само општи подаци о пословању зависног друштва у оквиру процедура редовног извештавања. У том погледу, уколико би се у наредном периоду разматрала могућност увођења вишеструке деривативне тужбе у српско право, то би захтевало и измене правила о информисању чланова унутар повезаних друштава.

У српском праву чланови друштва могу да се информишу о пословању друштва, поред увида у јавно доступне податке, на следећа три индивидуална начина. Први начин је подношење захтева за приступ актима и документима друштва, други начин је право на информисање у вези са одржавањем седнице скупштине,<sup>929</sup> а са тиме у вези и постављање питања на седници скупштине друштва (доступно само члановима акционарског друштва)<sup>930</sup> и трећи начин је подношење захтева за ванредну или посебну ревизију.<sup>931</sup> Поред наведеног, када је реч о друштву са ограниченом одговорношћу ЗПД је прописао додатна права на информисање чланова друштва, у виду обавезе директора да обавести сваког члана друштва који има удео који представља најмање 10% основног капитала, односно надзорни одбор ако је управљање друштвом дводомно о насталим ванредним околностима које могу бити од значаја за стање или пословање друштва, као и обавезу директора да обавести сваког члана друштва о релевантним чињеницама везаним за пословање

---

<sup>926</sup> *Ibid.*, 871.

<sup>927</sup> Т. Јевремовић Петровић (2014), 328 фн. 1608.

<sup>928</sup> Вид. *Ibid.*, 327-330.

<sup>929</sup> Вук Радовић, „Услови за вршење права акционара на постављање питања“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2014, 64.

<sup>930</sup> ЗПД, чл. 342.

<sup>931</sup> ЗПД, чл. 455, 236.

друштва или за остваривање права чланова друштва.<sup>932</sup> Последње наведена обавеза директора друштва је посебно занимљива, уколико се право на подношење деривативне тужбе квалификује као „право чланова друштва“.

ЗПД садржи опште одредбе о праву на информисање чланова друштва и приступ актима и документима друштва, која се примењују на све форме привредних друштва, а поред наведеног садржи и посебне одредбе које се односе на приступ тачно одређеним документима друштва капитала.<sup>933</sup> Веома битна околност јесте да ЗПД предвиђа могућност судске заштите овог права чланова друштва у ванпарничном поступку.<sup>934</sup> У том погледу било је речи о томе да су правила о праву чланова друштва на приступ актима и документима друштва у основи адекватно регулисана ЗПД, те да је једино потребно у пракси достићи већи степен ефикасности њихове примене. Правац у коме би поводом права на приступ актима и документима друштва требало размишљати јесте да ли чланови друштва треба да буду обавезани да у свом захтеву за приступ документима друштва наведу да је исти поднет за потребе подношења деривативне тужбе или уопште судског поступка против одређених лица унутар друштва. Наиме, сходно постојећим решењима, члан друштва у захтеву за приступ документима друштва мора навести сврху због које захтев подноси, а прибављена документација се може употребити само за сврху која је наведена у захтеву.<sup>935</sup> Откривање разлога за подношење захтева за приступ актима и документима друштва даје прилику лицима која су прекршила дужности да манипулишу са потенцијалним доказима у поступку или да на други начин утичу на одлуку чланова о подношењу тужбе. Такође, некада се може догодити да иако је документација иницијално захтевана из другог разлога, након анализе документације може се уочити постојање основа за подношење деривативне тужбе. У том погледу, постоји оправдан разлог да се у закону пропише изузетак од правила да се прибављена документација може употребити само за сврху која је наведена у захтеву, те да изузетак буде постављен на начин да се прибављена документација може употребити и у поступку по деривативној тужби, без обзира на сврху прибављања документације која је наведена у захтеву.

Поред права на захтевање приступа актима и документима друштва, чланови

---

<sup>932</sup> ЗПД, чл. 226 ст. 2, 242.

<sup>933</sup> ЗПД, чл. 81, 241, 465.

<sup>934</sup> ЗПД, чл. 81 ст. 4, 244, 466.

<sup>935</sup> ЗПД, чл. 81 ст. 2.

друштва одређене информације о друштву могу сазнати и путем учешћа у скупштини друштва. Друштво је у обавези да чланове друштва благовремено обавести о појединостима одржавања седнице скупштине, а посебно о дневном реду који ће бити предмет разматрања на седници скупштине, као и да достави релевантан материјал.<sup>936</sup> Са друге стране право на постављање питања је у искључивој диспозицији акционара, које је ограничено предложеним дневним редом седнице скупштине акционарског друштва.<sup>937</sup> Међутим, уколико се на дневном реду скупштине друштва не нађе тема о којој би акционари друштва хтели да расправљају, акционари могу да активирају посебна права у виду предлагања допуне дневног реда или сазивање ванредне седнице скупштине, али за разлику од претходних права ова могућност стоји на располагању само акционарима који имају одређени проценат удела у основном капиталу друштва (5%, односно 10%, у зависности од конкретног права).<sup>938</sup>

У односу на приступ актима и документима друштва, као и права на постављање питања, у циљу ефикасне употребе ових права за потребе доношења одлуке о подношењу деривативне тужбе, чланови друштва би требало да имају одређена предзнања о потенцијалном основу тужбе и врсти информација, односно докумената које би требало да захтевају од друштва. Имајући у виду наведено, поменута права иако неспорно веома значајна, у практичној примени могу имати мању употребну вредност за подношење деривативне тужбе. Основни, условно речено, недостатак права на информисање чланова друштва који се односе на одржавање седнице скупштине и приступ документима друштва, је тај што су чланови друштва препуштени сопственом знању које некада неће бити довољно да се уоче неправилности, те се може догодити да чак и када је члановима омогућено вршење наведених права да се пропусти у раду друштва не уочи.

Ванредна и посебна ревизија, у овом раду дефинисане као трећи облик индивидуалног информисања чланова друштва о потенцијалном основу деривативне тужбе, представљају законом уређен облик спољашње контроле пословања друштва који је доступан само члановима друштва капитала који

---

<sup>936</sup> О праву на информисање члана друштва пре седнице скупштине вид. Вук Радовић, „Информисање акционара пре седнице скупштине акционарског друштва“, *Правни живот* 11/2010, 117-144.

<sup>937</sup> В. Радовић (2014), 63.

<sup>938</sup> Вид. ЗПД, чл. 202, 205, 337, 372.

поседују 10% акција или удела са правом гласа.<sup>939</sup> Ванредна ревизија у смислу одредби ЗПД представља ревизију финансијских извештаја који су већ били предмет ревизије, а која се може предузети ако постоји сумња да ревизија финансијских извештаја није спроведена у складу са законом и прописаним рачуноводственим стандардима и поступцима или уколико финансијски извештаји не садрже напомене прописане рачуноводственим стандардима или су ове напомене непотпуне. Са друге стране посебна ревизија представља ревизију којом се проверава процена вредности неновчаног улога или вредност и услови под којима је вршено стицање или располагање имовином велике вредности.<sup>940</sup> Имајући у виду да су се највећи корпоративни скандали, који су довели до одговорности управе, заснивали на лажним финансијским извештајима, ванредна ревизија представља један од важнијих начина информисања акционара. О захтеву са ванредну или посебну ревизију одлучује скупштина друштва, а уколико скупштина одбије захтев, чланови друштва могу покренути ванпарнични поступак у коме би суд одлучио о поднетом захтеву.<sup>941</sup> Веома значајна околност јесте да је ЗПД прописао да трошкове поступка по ванредној или посебној ревизији сноси друштво.<sup>942</sup> Међутим, ЗПД прописује и ограничавајуће факторе за коришћење овог права, а то је одговорност за накнаду штете подносиоца уколико је захтев неоснован и могућност одређивања забране преноса акција за време трајања поступка по ванредној ревизији.<sup>943</sup>

Имајући у виду све наведено може се закључити да је оправдано схватање теорије да у европским правима најзначајнији механизам информисања чланова друштва за потребе доношења одлуке о подношењу деривативне тужбе представља ванредна (и посебна) ревизија. Овај закључак се заснива на чињеници да једино ванредна и посебна ревизија укључују могућност ангажовања стручних лица која заиста могу да открију пропусте у пословању друштва. У овом случају чланови друштва који су овлашћени на подношење захтева не морају да имају тачна предзнања о постојању потенцијалног основа тужбе, већ само индиције. Једини недостатак тренутног уређења захтева за ванредну и посебну ревизију јесте имовинска одговорност подносиоца захтева, уколико се испостави да захтев није

---

<sup>939</sup> ЗПД, чл. 456 ст. 1.

<sup>940</sup> ЗПД, чл. 455.

<sup>941</sup> ЗПД, чл. 457.

<sup>942</sup> ЗПД, чл. 459.

<sup>943</sup> ЗПД, чл. 458, 463.

био основан, а што може утицати на то да се чланови друштва ретко одреде за примену овог права. Међутим, у овом случају не би требало да је реч о објективној одговорности чланова друштва, а што би се могло погрешно закључити на основу одредбе чл. 463 ЗПД која прописује да ако извештај о посебној или ванредној ревизији покаже да је предлог за њено спровођење био неоснован, друштво има право на накнаду трошкова спровођења посебне, односно ванредне ревизије од акционара који су предложили њено спровођење, при чему постоји солидарна одговорност свих подносилаца захтева. Одговорност чланова друштва у овом случају би требало да се заснива на кривици,<sup>944</sup> и за штету би требало да одговарају само чланови који су знали или могли знати да је захтев неоснован, а упркос томе су поднели захтев. Дакле, негативан резултат ванредне или посебне ревизије не би требало аутоматски да представља основ одговорности подносиоца захтева.

### 2.3. Трошкови поступка

У европској литератури правила о трошковима поступка углавном се сматрају за значајан ограничавајући фактор деривативне тужбе, јер је опште прихваћено мишљење да могу одвратити чланове друштва од подношења тужбе.<sup>945</sup> Логика схватања је у основи једноставна, а то је питање због чега би члан друштва ризиковао да сноси трошкове поступка, како сопствене, тако и трошкове туженог, а при томе добит остварена у поступку припада друштву, која ће се преко субјективитета друштва на једнак начин рефлектовати на све чланове друштва, укључујући и чланове који нису уложили средства потребна за вођење поступка.<sup>946</sup>

Код овог питања обично се супротстављају правила садржана у европским правима и америчком праву.<sup>947</sup> У европским правима странка која изгуби спор другој странци надокнађује трошкове поступка, док у америчком праву свака странка сноси своје трошкове без обзира на успех у спору, при чему постоје и додатни механизми који тужиоца код деривативне тужбе ослобађају од ризика плаћања сопствених трошкова поступка.<sup>948</sup> На сличан начин као и америчко право и

---

<sup>944</sup> ЗОО, чл. 154.

<sup>945</sup> М. Васиљевић (2013б), 238; J. Cox, R. Thomas (2009), 354; M. Gelter (2012), 861.

<sup>946</sup> Д. Голубовић, 70.

<sup>947</sup> М. Gelter (2012), 861-863.

<sup>948</sup> *Ibid.*, 866-869.

европска права су код деривативне тужбе развила корективне механизме основних правила о трошковима поступка,<sup>949</sup> међутим то није довело до већег броја тужби. Управо наведена околност доводи у сумњу схватање да трошкови поступка представљају одлучујући фактор који чланови друштва узимају у обзир приликом доношења одлуке о подношењу деривативне тужбе.

О трошковима поступка и различитим приступима овом питању у упоредном праву биће речи у оквиру процесно правне анализе деривативне тужбе. У овом делу излагања потребно је указати да је напред изнето поимање правила о трошковима поступка у контексту формирања подстицаја за подношење деривативне тужбе сувише поједностављено.

Трошкови поступка иако важан сегмент уређења деривативне тужбе, нису увек најзначајније питање које тужилац разматра приликом доношења одлуке о подношењу тужбе, јер правила о трошковима поступка због своје природе не могу представљати одлучујући критеријум за подношење тужбе.<sup>950</sup> У том погледу за доношење одлуке о подношењу деривативне тужбе на првом месту од значаја је чињеница да ли чланови друштва деривативну тужбу перципирају као користан институт компанијског права. Да ли ће то бити случај или не, најпре зависи од уверења чланова друштва у способност судова да адекватно реше одређени корпоративни спор. Поред наведеног, веома значајна околност јесте да ли чланови друштва могу прикупити доказе потребне за вођење поступка.<sup>951</sup> Уколико чланови друштва оцене да могу постићи позитивне ефекте подношењем деривативне тужбе и да имају способност за вођење поступка, правила о трошковима поступка би требало да буду међу последњим питањима која ће се разматрати. Улагање средстава у вођење поступка по деривативној тужби фактички представља улагање члана у друштво, што није спорна околност за чланове који релативно активно учествују у пословању друштва и који су у тренутку уласка у друштво били спремни да уложе додатна средства, поред цене коју су платили за акције или уделе друштва.

Веома важна карактеристика правила о трошковима поступка јесте да није могуће пронаћи идеално решење, јер сваки модел правила о трошковима поступка код деривативне тужбе у одређеним околностима може бити неадекватан. У том

---

<sup>949</sup> *Ibid.*, 863-866.

<sup>950</sup> Вид. А. Reisberg (2007), 232.

<sup>951</sup> М. Gelter (2012), 866.

погледу, посебно је потребно имати у виду да трошкови поступка не представљају само видљиве трошкове који се досуђују одлукама суда. За примену деривативне тужбе у контексту позитивног или негативног подстицаја за подношење тужбе много су значајнији трошкови поступка који се не досуђују, а који се односе на радње прикупљања доказа, најчешће у виду ангажовања различитих експерата или накнаду адвоката која се плаћа преко износа редовне адвокатске тарифе. Проблем ових додатних трошкова до сада је препознат само у италијанском праву.<sup>952</sup> Отуда, решавање трошкова поступка само на нивоу трошкова који се досуђују у поступку не би значајно допринело међусобном односу правила о трошковима поступка и подстицаја за подношење деривативне тужбе.

Међутим, без обзира на претходно наведено, не може се оспорити да правила о трошковима поступка, иако нису централно питање које утиче на доношење одлуке о подношењу деривативне тужбе, јесу један од фактора који могу утицати на одлуку чланова на подношење деривативне тужбе. У том погледу однос правила о трошковима поступка и деривативне тужбе се најбоље може дефинисати на следећи начин: правила о трошковима поступка никада нису одлучујући фактор за доношење одлуке о подношењу деривативне тужбе, али могу представљати један од разлога због којих се члан друштва одлучи да не поднесе деривативну тужбу.

Имајући у виду наведено неопходно је трагати за адекватним моделом уређења правила о трошковима поступка које би требало да представља помирење два крајња става, односно могућност да се ризик трошкова поступка у потпуности отклони од чланова друштва или да чланови друштва сnose сав ризик трошкова поступка. У том погледу чланове друштва не би требало *a priori* у потпуности ослободити од обавезе сношења трошкова поступка, јер би тада постојала опасност од подношења великог броја непотребних и неоснованих тужби, с обзиром на околност да чланови друштва не би сносили економски ризик таквог понашања. Са друге стране, члановима друштва који су тужбу поднели у доброј вери требало би омогућити одређени корективни механизам у односу на општа правила о трошковима поступка, а посебно када је реч о оним трошковима који се не досуђују у поступку, како би чланови друштва приликом доношења одлуке о подношењу тужбе могли да рачунају да под одређеним условима трошкови поступка неће бити искључиво на терету тужилаца.

---

<sup>952</sup> *Ibid.*, 865.



На крају, потребно је поменути да правила о трошковима поступка могу да се анализирају и обрнутом смеру, односно као један од механизма за спречавање неоснованих тужби и као сегмент потребне заштите тужених. У том погледу, у америчком праву је дозвољено да друштво финансира трошкове поступка директора или да под одређеним условима друштво од тужиоца захтева трошкове поступка.<sup>953</sup> Имајући у виду да је реч о специфичностима америчког права, које немају већи значај за анализу деривативне тужбе у српском праву, могућност финансирања трошкова тужених од стране друштва неће бити засебно разматрана у оквиру анализе о трошковима поступка.

#### 2.4. Додатни фактори који утичу на доношење одлуке о покретању поступка

Поред наведених фактора, на одлуку чланова друштва о подношењу деривативне тужбе могу утицати и тежина повреде која је учињена друштву, као и доступност других средстава која се могу применити против лица која су повредила дужности према друштву.<sup>954</sup> Наиме, вероватно је да би се чланови друштва пре определили за подношење деривативне тужбе због повреде дужности лојалности, у односу на повреду дужности пажње, јер је тада штета која се наноси друштву очигледнија. Такође, веома важан фактор који може утицати на спремност члана друштва на подношење тужбе јесте могућност квантификовања и доказивања висине штете. Уколико је члану друштва тешко да квантификује штету коју је друштво претрпело, или је штета мањег обима, вероватно је да се чланови друштва неће одлучити на подношење деривативне тужбе, јер би тада судски поступак, сасвим извесно донео више штете него користи. Проблем (не)могућности квантификовања и доказивања висине штете у пракси нарочито постоји у случају повреде посебних дужности када штета настаје у виду изгубљене добити друштва, чију висину није једноставно доказати, због чега судски поступци трају дуже време. У овим околностима чланови друштва се углавном одлучују за алтернативна правна средства, на пример разрешење директора или искључење члана (у зависности од тога ко је потенцијални тужени). Такође, у одређеним ситуацијама чланови друштва

---

<sup>953</sup> В. Савковић (2004), 110-117.

<sup>954</sup> За време важења правила *Foss vs Harbottle*, доступност других средстава је у појединим одлукама био основ да суд не дозволи подношење деривативне тужбе. Вид. А. Reisberg (2007), 101-102.

се могу одлучити на подношење кривичне пријаве, уколико за то постоје услови, или могу продати удео/акције у друштву уколико нису задовољни начином на који се води пословање друштва.

### **3. Механизми контроле доношења одлуке о подношењу деривативне тужбе**

Сва права која прописују деривативну тужбу садрже одређене механизме контроле доношења одлуке о подношењу деривативне тужбе. Постојање механизма контроле у крајњем исходу треба да обезбеди да се спрече непотребне тужбе,<sup>955</sup> чиме се потврђује концепт о спорном оправдању овлашћења чланова друштва на подношење деривативне тужбе. Посматрано уопштено, све механизме контроле подношења деривативне тужбе можемо поделити на механизме у ужем и ширем смислу.

Механизми контроле деривативне тужбе у ширем смислу представљају законом дефинисани услови за подношење тужбе. Схватања о оправдању овлашћења чланова друштва на подношење деривативне тужбе, али и оправдању деривативне тужбе уопште, у великој мери утичу на законом прописане услове за подношење деривативне тужбе. У том смислу што је схватање о оправдању овлашћења чланова друштва на подношење деривативне тужбе веће, услови за подношење тужбе би требало да буду либералнији и обрнуто.

Механизми контроле деривативне тужбе у ужем смислу представљају механизме којима би требало да се утврди да ли је тужба у интересу друштва. За разлику од механизма контроле у ширем смислу, механизми контроле деривативне тужбе у ужем смислу постоје само у оним правима која дају надлежност одређеном органу друштва (по правилу независним лицима) или суду<sup>956</sup> да у сваком конкретном случају процењују да ли је тужба потребна друштву или не, а чија негативна оцена може спречити наставак поступка по тужби. Тада закони прописују одређене критеријуме чије постојање тужилац мора да докаже како би могао да настави поступак по тужби.<sup>957</sup> Дакле, у овом случају постављање интереса друштва као услова за наставак поступка по деривативној тужби, иако на први поглед делује као увођење додатног објективног услова за подношење тужбе, у практичној

---

<sup>955</sup> A. Reisberg (2006), 87, 96.

<sup>956</sup> Вид. J. Cox, R. Thomas (2009), 352-353.

<sup>957</sup> A. Reisberg (2006), 87-96.

примени зависиће од дискреционе оцене лица која имају овлашћење да се овим питањем баве.

У српском праву прописани су само механизми контроле подношења деривативне тужбе у ширем смислу. У том погледу српско право не захтева да деривативна тужба мора бити у интересу друштва, нити прописује друге субјективне критеријуме које би требало да се испуне да би тужилац могао да поднесе деривативну тужбу или да настави поступак по тужби. Дакле, како је било наведено, у српском праву суд је овлашћен само да испитује да ли постоје законом прописани услови за подношење тужбе и није овлашћен да разматра да ли је тужба у интересу привредног друштва. Додатно, околност да ли је тужба у интересу друштва фактички није овлашћен да испитује ни орган друштва приликом разматрања претходног захтева. Наиме, у српском праву органи друштва који одлучују о претходном захтеву, иако неспорно имају могућност да утврде да ли је деривативна тужба у интересу привредног друштва, уколико након анализе навода захтева закључе да тужба није у интересу друштва, доношењем негативне одлуке о претходном захтеву не могу спречити подношење тужбе, већ напротив негативна одлука друштва о претходном захтеву подразумева да су се стекли сви услови за подношење деривативне тужбе. Имајући у виду да у српском праву деривативна тужба није заступљена у пракси у овом тренутку тешко је оценити да ли би било прихватљиво да се критеријум интереса друштва уведе као посебан механизам преиспитивања одлуке чланова друштва о подношењу тужбе. Уколико би се у неком наредном периоду уочиле злоупотребе тужбе, посматрано у односу на мотив који је довео до подношења тужбе, требало би размотрити да ли у закону треба изричито прописати услов да деривативна тужба мора бити у интересу друштва. Овакво решење би захтевало додатно ангажовање суда, што је околност која би такође морала бити узета у обзир.

#### **4. Закључак**

Имајући у виду све претходно наведено не могу се у потпуности оспорити схватања по којима чланови друштва нису најпозванија лица којима би требало дати овлашћење на подношење деривативне тужбе. Наиме, чланови друштва због утицаја разних фактора могу бити незаинтересовани за подношење тужбе, а чак и када

постоји интересовање за покретање поступка, тужба у неким случајевима неће бити у интересу друштва, по ком основу се поставља питање да ли појединачни чланови друштва уопште треба да одлучују о покретању судског поступка за рачун друштва. Одсуство подстицаја за подношење деривативне тужбе који се односе на недовољну информисаност тужиоца или правила о трошковима поступка нису непремостиви и у сваком конкретном праву могу бити решени адекватном законском регулативом, из кога разлога не могу представљати основ за вредносни суд о постојању овлашћења чланова друштва на подношење деривативне тужбе. На тај начин се долази до закључка да једина тачка спорења постојања овлашћења чланова друштва на подношење деривативне тужбе може бити чињеница да појединачни чланови друштва у већини случајева нису способни да процене да ли је одређени поступак у интересу друштва. Са друге стране, постоје лица унутар друштва која јесу способна да одлучују о томе шта је интерес друштва, а то су органи друштва – управа или скупштина, па се може поставити питање због чега овлашћење за подношење тужбе не треба задржати у оквиру надлежности ових лица. Проф. Пол Дејвис (енгл. *Paul Davis*) даје једноставан одговор на постављено питање, а то је да не постоји поверење у колективне органе друштва да ће бити у могућности или способности да изразе *непристрасну оцену* о томе да ли је тужба у интересу друштва.<sup>958</sup> Наиме, тужени ће увек лакше моћи да изврше утицај на колективне органе друштва, него на сваког члана појединачно. У том погледу, уколико се право на подношење деривативне тужбе да у надлежност управе или скупштини друштва постоји опасност да тужба не буде поднета чак ни када је то сасвим извесно у интересу друштва. Са друге стране, уколико се овлашћење на подношење тужба да појединачним члановима друштва постоји опасност од подношења непотребних тужби, али је то ризик који је прихватљив, у односу на ризик да штетно понашање управе или чланова друштва остане без адекватне санкције. Дакле, право на подношење деривативне тужбе несумњиво треба дати искључиво појединачним члановима друштва, али је дефинисањем услова за подношење тужбе и правилима поступка потребно тежити томе да се деривативна тужба подноси само када је то у интересу друштва.

---

<sup>958</sup> P. Davis, 248.

## ГЛАВА XIV

### ОДНОС ДЕРИВАТИВНЕ ТУЖБЕ СА СЛИЧНИМ ИНСТИТУТИМА

На почетку анализе оправдања овлашћења чланова друштва на подношење деривативне тужбе било је речи о томе да основ расправе потиче од спорног легитимитета свих тужби које чланови друштва, а посебно акционари, подnose против друштва и чланова управе, а којима се утиче на поступак доношења одлука друштва или на већ донете одлуке. Без обзира на конкретну врсту тужбе коју акционари подnose у вези са друштвом увек се поставља исто питање, а то је где се налази граница између легитимитета тужбе и могућности њене злоупотребе. У зависности од конкретне области компанијског права, број потенцијалних тужби које акционари могу поднети се разликује. Код ове теме, област посебних дужности према друштву, као традиционални објективни домен примене деривативне тужбе, се издваја управо по броју врста тужби које могу бити поднете због повреде дужности. Упоредно право познаје три врсте тужби које се могу поднети због повреде посебних дужности према друштву, а то су директна, колективна и деривативна тужба.<sup>959</sup> Имајући у виду да се све три наведене врсте тужби могу поднети на основу истог чињеничног основа потребно је дефинисати однос деривативне тужбе са осталим врстама тужби које се могу поднети у истим околностима. Такође, у енглеском праву постоји још једна врста тужбе коју акционари могу поднети против друштва због штетног и неправичног поступања органа управљања (енгл. *unfair prejudice*), те ће бити речи и о односу овог института и деривативне тужбе.<sup>960</sup>

#### 1. Појам, оправданост акционарских тужби и улога у компанијском праву

Акционарске тужбе су незаобилазна тема када се говори о заштити акционара.<sup>961</sup> У том смислу савремена литература акционарске тужбе углавном разматра у контексту корпоративног управљања као могући механизам решавања

---

<sup>959</sup> R. Thompson, R. Thomas, 20.

<sup>960</sup> Martin Gelter, Mapping Types of Shareholder Lawsuits Across Jurisdictions, ECGI – Law Working Paper No. 363/2017, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=3011444>, 03.08.2017, 18.

<sup>961</sup> Вид. A. Cahn, D. Donald, 599.

агенцијских проблема.<sup>962</sup> Право акционара на подношење тужбе поједини аутори квалификују као самостално право, које чини део укупног корпуса права акционара, иако се при томе наводи да се тужбом штити одређено право која припада другим категоријама поделе.<sup>963</sup> Међутим, поимање права акционара на подношење тужбе као самосталног права није увек исправан приступ, јер је некада тужба акционара усмерена ка заштити одређеног материјално правног овлашћења, док некада то није случај. Само у случају када тужба акционара није праћена одређеним материјално правним овлашћењем, овлашћење на подношење тужбе добија самосталан карактер у контексту поделе права акционара (барем када је реч о српском праву то право не треба квалификовати као субјективно право, већ као део правне позиције акционара). У случају деривативне тужбе амерички судови су прећутно указали да постоји одређени материјално правни основ за подношење тужбе који се састоји у условно речено „праву“ члана друштва да се интереси друштва заштите судским путем. Овај закључак се заснива на образложењу суда који каже да деривативна тужба у себи обухвата два овлашћења, а једно од њих је да се друштво обавезе да покрене судски поступак.<sup>964</sup> Слична схватања се могу пронаћи и у литератури.<sup>965</sup>

Под појмом „акционарске тужбе“ подразумевају се тужбе које подnose акционари индивидуално или групно, а којима се штите права самих тужилаца и/или друштва као целине,<sup>966</sup> при чему се тужба подноси против друштва и/или лица унутар друштва – управе или већинског члана. Улога акционарских тужби у компанијском праву је заштитног карактера, јер су акционари по правилу овлашћени да се обратe суду уколико (i) нису сагласни са легитимном и законитом одлуком која је донета од стране управе или већине чланова, у ком случају тужба служи заштити индивидуалних интереса акционара или (ii) постоји потреба да се отклоне одређене неправилности унутар друштва, које због постојања контроле доносилаца одлуке над друштвом на други начин не би било могуће отклонити, у ком случају тужба треба да буде у интересу целог друштва и свих осталих

---

<sup>962</sup> Вид. J. Fisch, 745-772.

<sup>963</sup> J. Velasco (2006), 421.

<sup>964</sup> T. Kinney, 173 фн. 7.

<sup>965</sup> Вид. A. Cahn, D. Donald, 599.

<sup>966</sup> Вид. M. Gelter (2017), 6, 9.

акционара.<sup>967</sup> У прву групу на пример, спадају тужбе несагласних акционара, док у другу групу спадају тужба за побијање одлука скупштине и деривативна тужба. Легитимитет акционарских тужби се заснива на чињеници да сврха која се њима постиже по правилу не може бити постигнута на други начин. Наиме, било да се тужба односи на заштиту индивидуалних интереса акционара који подноси тужбу или је усмерена ка отклањању неправилности унутар друштва, у оба случаја акционарске тужбе се заснивају на чињеници да акционари који подносе тужбу не деле мишљење управе или већине акционара који су предузели радњу која је дала повод за подношење тужбе. Имајући у виду наведено, формирање било ког механизма решавања насталог спора на нивоу друштва не може пружити акционарима довољан степен заштите, јер појединачни акционари са мањим процентом учешћа у капиталу друштва немају довољан утицај у друштву. Због тога је заштиту акционара потребно изместити из сфере друштва, а једини ауторитет за решавање таквог спора може бити суд.<sup>968</sup> Истовремено, право на судску заштиту треба обезбедити тек уколико заиста није могуће да се заштита акционара оствари другим механизмима компанијског права, што се постиже дефинисањем услова за подношење тужбе.<sup>969</sup>

### 1.1. Аргументи у прилог и против акционарских тужби

Судска заштита акционара је тренутно веома актуелна тема у теорији компанијског права.<sup>970</sup> Мишљења су подељена, те једни указују да акционарске тужбе могу имати значајну функцију, док други нису сагласни са овим закључком.<sup>971</sup> Ни једни ни други у основи не износе детаљну аргументацију на којој темеље своје схватање.

Као аргумент у прилог постојања акционарских тужби истиче се специфичан положај акционара као власника капитала у акционарским друштвима, а који се заснива на принципу расподеле компанијске моћи. Наиме, акционари као власници

---

<sup>967</sup> Постоје и уже дефиниције појма акционарске тужбе, по којима оне обухватају само тужбе којима се отклања штета која је проузрокована акционарима од стране управе друштва. Вид. Wenjing Chen, *A Comparative Study of Funding Shareholder Litigation*, Springer Singapore 2017, 15.

<sup>968</sup> Вид. A. Cahn, D. Donald, 600.

<sup>969</sup> Вид. M. Gelter (2017), 37.

<sup>970</sup> J. McCahery, A. Roode, 2.

<sup>971</sup> I. Ramsay, B. Saunders, 2.

капитала могу да утичу на управљање друштвом само путем гласањем у скупштини друштва и то непосредно, када је реч о значајним одлукама (на пример, статусне промене или располагање имовином велике вредности) које се доносе од стране скупштине друштва и посредно избором органа управљања који ће водити свакодневно пословање друштва и доносити све одлуке које нису у надлежности скупштине.<sup>972</sup> Управо чињеница да чланови друштва на доношење већине одлука могу утицати само посредно, избором и разрешењем чланова управе, указује да право гласа није довољно да би се у потпуности заштитио положај акционара у друштву.<sup>973</sup> Такође, чак и када је реч о одлукама које доноси скупштина друштва, постојаће ситуације када поједини чланови друштва, који се не слажу са одлуком, нису у могућности да изврше утицај путем гласања, јер представљају мањину у друштву. Уколико се узму у обзир и традиционални проблеми који прате вршење права гласа, као што је пасивност акционара, јасно је да право гласа не може бити једино средство утицаја акционара на управљање друштвом и да је неопходно акционарима обезбедити додатни вид заштите.<sup>974</sup> На тај начин право на судску заштиту у основи представља допуну основног права акционара – права гласа и заједно са тим правом представља начин да се акционари заштите од одлука друштва са којима нису сагласни или којима се друштву наноси штета.

Ипак, имајући у виду озбиљност последица које са собом носи покретање поступка, судску заштиту акционара треба омогућити само уколико заштиту није могуће обезбедити другим средствима која акционарима стоје на располагању. На пример, у одређеним околностима акционари могу заједничким вршењем права на информисање и права гласа разрешити директора чијим радом нису задовољни, те уколико друштву није проузрокована значајнија штета, иницирање судског поступка није неопходно.<sup>975</sup>

Када су у питању аргументи који се износе против постојања акционарских тужби, у теорији се углавном наводи један, али озбиљан аргумент, а то је могућност злоупотребе. У том погледу, у овом случају се не оспорава сама потреба постојања акционарских тужби, већ се указује на то да тужбе могу бити поднете противно интересима друштва или већине чланова друштва. Проблем који се односи на

---

<sup>972</sup> J. Velasco (2006), 417.

<sup>973</sup> Вид. A. Cahn, D. Donald, 600; *Ibid.*, 418.

<sup>974</sup> A. Cahn, D. Donald, 600.

<sup>975</sup> Вид. *Ibid.*, 599.



могућност злоупотребе акционарских тужби, као и у случају деривативне тужбе тиче се постојања или непостојања одговарајућег подстицаја за подношење тужбе.<sup>976</sup> Поред наведеног, сматра се да тужбе акционара имају и следеће недостатке: неминовност стварања сукоба интереса у друштву који настаје због подношења тужбе, минимална корист коју тужилац остварује у поступку,<sup>977</sup> праћена значајним трошковима поступка, недостатак адекватног надзора подношења тужби и изостанак чак и опште користи која може настати као последица свих акционарских тужби.<sup>978</sup> На крају, као додатни аргумент против постојања акционарских тужби може се истаћи да акционарске тужбе могу дубоко задирати у два фундаментална принципа компанијског права – принцип расподеле компанијске моћи и принципа већинског одлучивања. Наиме, давањем права акционарима да тужбом оспоравају или да сеprotиве одлукама које је донео надлежни орган друштва фактички доводи до делегације надлежности за одлучивање о поједином питању са органа друштва на појединачне акционаре. Имајући у виду наведено, уколико акционарске тужбе постану у великој мери коришћене, покретање судског поступка од стране акционара, може у значајној мери отежати функционисање свакодневног пословања друштва. Пример за ову тврдњу су тужбе несагласних акционара, које друштво буквално могу да доведу до банкрота, јер је потребно обезбедити значајна средства за исплату несагласних акционара. На крају, свакако се може истаћи и аргумент да судски поступак није подобно окружење за решавање унутрашњих спорова који могу настати унутар друштва.<sup>979</sup>

Имајући у виду све наведено, може се рећи да потреба постојања акционарских тужби у овом тренутку није спорна. Са друге стране, може бити спорно у којим случајевима акционари треба да имају право на подношење тужбе и под којим условима, што је питање за свако право појединачно. У том смислу право

---

<sup>976</sup> Вид. Т. Brandi, 368; J. Fisch, 749; *Ibid.*, 600.

<sup>977</sup> Ово ипак није општа карактеристика тужби, јер постоји значајан број тужби којима акционари остварују директну корист, на пример, индивидуална тужба или тужба несагласних акционара.

<sup>978</sup> Patrick M. Garry, *et.al*, The Irrationality of Shareholder Class Action Lawsuits: A Proposal for Reform, South Dakota Law Review, Vol. 49, No. 2, 2004, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=1028823>, 01.07.2018, 281-283. Овај закључак је заснован на емпиријским истраживањима. Вид. R. Romano (1991), 84.

<sup>979</sup> Због наведеног у америчком праву су судови ретко прихватили да се баве интеркомпанијским споровима, те је између осталог и формирано правило пословне процене. Вид. Gordon Smith, The Modern Business Judgment Rule, 2015, BYU Law Research Paper Series No. 15-09, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=2620536>, 03.05.2018, 18.

акционара на подношење тужбе треба да буде структурирано на начин да подношење тужбе не представља начин заобилажења примене неких других могућности које стоје на располагању акционару, као ни заобилажење редовних процедура доношења одлука друштва. Дакле, тужба акционара треба да има заштитни карактер, а не начин да појединачни акционар по сваку цену издејствује одређену одлуку, која није у интересу друштва, нити осталих чланова.

## 2. Однос деривативне тужбе и индивидуалне тужбе

Однос индивидуалне и деривативне тужбе спада у круг најзначајнијих, али истовремено и најсложенијих тема у оквиру анализе деривативне тужбе. Осим теоријског, ова тема има и велики практични значај, јер у већини случајева примена једне од наведених врста тужби искључује могућност примене друге врсте тужбе. За разлику од упоредног права, првенствено англосаксонског, које познаје и друге врсте тужби које могу служити сличној или истој сврси као деривативна тужба, у српском праву индивидуална тужба је једина тужба која је блиска деривативној тужби, из ког разлога је потреба разликовања ове две врсте тужбе посебно значајна.

### 2.1. Појам индивидуалне тужбе

У теорији постоје шире и уже дефиниције појма индивидуалне тужбе. У првом случају под појмом индивидуалне тужбе подразумева се тужба којом члан друштва штити одређено право које му припада по основу чланства у друштву, под чиме се подразумевају и тужбе за накнаду штете.<sup>980</sup> У другом случају појам индивидуалне тужбе се ограничава само на тужбе за накнаду штете која је члановима друштва проузрокована радњама директора или других лица која могу да утичу на пословање компаније.<sup>981</sup> Српско право прихвата уже схватање појма индивидуалне тужбе, те се под овим појмом подразумева само тужба из чл. 78 ЗПД, којим је прописано право члана друштва да поднесе тужбу против лица које има посебне дужности према друштву за накнаду штете коју му то лице проузрокује повредом посебних дужности према друштву. На основу цитиране одредбе закона проистиче да у српском праву индивидуална и деривативна тужба деле заједнички

---

<sup>980</sup> R. Hamilton, 535.

<sup>981</sup> W. Chen, 16.

домен примене, из ког разлога је веома значајно разграничење односа између деривативне и индивидуалне тужбе.

## 2.2. Однос индивидуалне и деривативне тужбе

Однос деривативне и индивидуалне тужбе је у великој мери био предмет разматрања у англосаксонској теорији компанијског права, као и судској пракси. Англосаксонска литература је посветила доста пажње разликовању деривативне и индивидуалне тужбе, јер се уочило да се индивидуална тужба у одређеним ситуацијама подноси како би тужиоци избегли компликовану процедуру подношења деривативне тужбе.<sup>982</sup> Поред наведеног, разликовање индивидуалне и деривативне тужбе је посебно значајно како би се избегло да се иста штета два пута захтева, а посебно да члан друштва у форми индивидуалне тужбе захтева штету коју је заправо претрпело друштво. У том погледу, поред концептуалних разлога, разликовање деривативне и индивидуалне тужбе има и практичан значај, јер у односу на обе врсте тужби закон прописује другачије услове за подношење тужбе, као и правила поступка.<sup>983</sup>

Америчка судска пракса је формирала неколико критеријума на основу којих су судови разликовали индивидуалну и деривативну тужбу. Два најзначајнија критеријума се односе на врсту штете која се може захтевати у виду индивидуалне тужбе, односно деривативне тужбе.

Сходно првом критеријуму, који се назива принцип директне штете (енгл. *direct harm approach*), члан друштва у виду индивидуалне тужбе може потраживати само штету која је различита од штете коју је претрпело друштво и која је самим тим потпуно независна од штете друштва. Дакле, у овом случају се захтева да штета која настаје у имовини члана друштва није акцесорна у односу на штету коју трпи друштво. Основи принципа директне штете формиран су још у случају *Smith v. Hurd* из 1847. године.<sup>984</sup> Суд је тада закључио да уколико су директори непажњом

---

<sup>982</sup> Stanley M. Beck, „The Shareholders’ Derivative Action“, *Canadian Bar Review* Vol. 52, No. 2 1974, 169.

<sup>983</sup> Daniel S. Kleinberger, Direct vs. Derivative, or „What’s a Lawsuit Between Friends in an Incorporated Partnership?“, *William Mitchell Law Review*, Vol. 22, доступно на адреси: <http://open.mitchellhamline.edu/facsch/223>, 14.02.2018, 70-71.

<sup>984</sup> J. B., „Distinguishing between Direct and Derivative Shareholder Suits“, *University of Pennsylvania Law Review* Vol. 110, No. 8 1962, 1148.

проузроковали штету друштву, чланови друштва у виду индивидуалне тужбе не могу захтевати штету која је нанета њиховим власничким интересима због постојања штете коју је друштво претрпело. Одлука се заснивала на схватању да уколико се строго не разликује штета друштва од штете коју је претрпео само члан друштва, давање права члановима друштва на подношење индивидуалне тужбе којом се фактички захтева накнада штете коју је претрпело друштво може представљати недозвољену расподелу имовине друштва његовим члановима.<sup>985</sup>

Сходно другом критеријуму, који се назива принцип посебне штете (енгл. *special injury rule*), у форми индивидуалне тужбе може се захтевати само штета, која је не само различита од штете коју је претрпело друштво, већ и од штете коју су претрпели сви остали чланови. Наиме, сматрало се да уколико је реч о штети коју су претрпели сви чланови онда заправо постоји само штета коју је претрпело друштво, коју чланови друштва могу захтевати искључиво у форми деривативне тужбе.<sup>986</sup> Овај критеријум је први пут употребљен у случају *Eister v. Am. Airlines, Inc.* из 1953. године.<sup>987</sup>

Поред наведених критеријума, постојали су и додатни критеријуми,<sup>988</sup> али који нису били у великој мери прихваћени. На пример, један од критеријума који су судови користили јесте да ли дужност чија је повреда довела до настанка штете постоји према друштву или члановима, те је одговорност могла постојати само према повериоцу дужности (енгл. *duty owed cases*),<sup>989</sup> затим су судови у једном периоду покушавали да утврде врсте радњи које редовно доводе до могућности подношења деривативне или индивидуалне тужбе.<sup>990</sup> Такође, у појединим случајевима судови су водили рачуна да примена индивидуалне тужбе не доведе до неправичног исхода, на пример, оштећења поверилаца или заобилажења процедуре која се односи на деривативну тужбу, те су уколико утврде постојање сличних околности сматрали да је индивидуална тужба недозвољена.<sup>991</sup>

Тренутно амерички судови примењују само критеријум непосредне штете.

---

<sup>985</sup> *Ibid.*

<sup>986</sup> D. Kleinberger, 93.

<sup>987</sup> *Ibid.*, 95.

<sup>988</sup> Вид. В. Савковић (2004), 23-27.

<sup>989</sup> D. Kleinberger, 106.

<sup>990</sup> John W. Welch, „Shareholder Individual and Derivative Actions: Underlying Rationales and the Closely Held Corporation“, *The Journal of Corporation Law* Vol. 9, Iss. 2 1984, 157.

<sup>991</sup> *Ibid.*, 160, 165-166.

Наиме, Врховни суд Делавера је у случају *Tooley v. Donaldson, Lufkin & Jenrette* из 2004. године изнео схватање да разликовање деривативне и индивидуалне тужбе треба да се заснива искључиво на чињеници које лице је претрпело штету и коме треба досудити накнаду. Суд је у овом предмету изричито одбацио даљу могућност примене критеријума посебне штете (енгл. *special injury rule*), јер критеријум сам по себи није био довољно јасан и стварао је доста проблема у примени. Поред наведеног, када је реч о накнади штете која је проузрокована повредом дужности према друштву суд је прихватио схватање да у овом случају приликом разликовања индивидуалне и деривативне тужбе треба утврдити да ли члан друштва који је поднео индивидуалну тужбу може наставити са поступком, без доказивања штете коју је друштво претрпело, јер уколико то није могуће онда је индивидуална тужба недозвољена. На крају, уколико није реч о накнади штете због повреде дужности према друштву, већ по неком другом основу, да би члан друштва могао да настави са индивидуалном тужбом мора да докаже постојање права које је повређено, као и постојање штете која је потпуно независна од штете коју је претрпело друштво.<sup>992</sup>

Када је реч о енглеском праву, судови су били на сличној линији резонувања. Наиме, амерички критеријум непосредне штете или *direct harm approach* је у енглеском праву добио сродан принцип, а то је принцип забране рефлексне штете. Принцип забране рефлексне штете први пут је формиран у случају *Prudential Assurance Co Ltd v. Newman Industrie* из 1982. године. У овом поступку тужилац је у облику индивидуалне тужбе захтевао накнаду штете због смањења вредности удела у друштву, а која је настала као последица штетне радње директора друштва. Суд је заузео став да члан друштва не може поднети тужбу ради накнаде штете због умањења вредности друштва, јер члан тада не трпи директну штету имајући у виду да сва његова права која има у друштву задржавају свој обим.<sup>993</sup> Принцип забране рефлексне штете је касније модификован у случају *Johnson v. Gore Wood & Co* из 2002. године, у коме је формирано тренутно важеће правило у енглеском праву по

---

<sup>992</sup> Вид. Образложење одлуке *Tooley v. Donaldson, Lufkin & Jenrette*, доступно на адреси: <https://courts.delaware.gov/Opinions/Download.aspx?id=43280>.

<sup>993</sup> Giora Shapira, „Shareholder Personal Action in Respect of a Loss Suffered by the Company: The Problem of Overlapping Claims and Reflective Loss in English Company Law“, *The International Lawyer* Vol. 37, No. 1 2003, 141-143.

овом питању.<sup>994</sup> Наиме, у случају *Johnson* суд је формирао следећа три основна правила по питању односа накнаде штете коју може захтевати друштво и његови чланови:

(i) уколико је штета проузрокована компанији због кршења дужности које постоје искључиво према компанији, онда само компанија може поднети тужбу у вези са насталом штетом. У овом случају члан друштва не може истицати захтев за накнаду штете која представља само рефлексију губитка компаније,

(ii) међутим, уколико је штета проузрокована компанији, али компанија није у могућности да поднесе тужбу, онда члан друштва може поднети индивидуалну тужбу, између осталог и ради накнаде рефлексне штете и

(iii) уколико дужности постоје према компанији и према члану друштва, онда оба субјекта могу поднети тужбу за накнаду штете која је нанета повредом тих дужности, али ни компанија, ни члан друштва не могу захтевати штету која је последица штете која је нанета другом субјекту.<sup>995</sup>

На основу формираних правила каснија судска пракса је заузела став да је у односу на штету коју је претрпела компанија, индивидуалну тужбу могуће поднети само у ситуацијама када компанија не може да поднесе тужбу, што је најчешће случај када је тужени онемогућио компанију да поднесе тужбу. Дакле, одлука компаније да не поднесе тужбу, а која је заснована на слободној вољи компаније не даје могућност члану друштва да поводом штете коју је претрпела компанија поднесе индивидуалну тужбу и захтева накнаду рефлексне штете.<sup>996</sup> Ипак, сматра се да ће убудуће принцип забране рефлексне штете бити ублажен или чак напуштен, јер је Компанијски закон из 2006. године редефинисао концепт заштите чланова друштва, између осталог и у погледу штете која им може бити нанета радњама управе.<sup>997</sup>

На основу свега наведеног може се закључити да постоји један суштински критеријум разликовања индивидуалне и деривативне тужбе, а то је врста, односно облик штете која се може захтевати. Остали критеријуми разликовања који се

---

<sup>994</sup> Joyce Lee Suet Lin, „Barring Recovery for Diminution in Value of Shares on the Reflective Loss Principle“, *Cambridge Law Journal* Vol. 66, No. 3 2007, 537.

<sup>995</sup> *Ibid.*, 538.

<sup>996</sup> *Ibid.*, 545.

<sup>997</sup> Вид. Bas J. De Jong, Shareholders' Claims for Reflective Loss: A Comparative Legal Analysis, *European Business Organization Law Review*, Vol. 14, No. 1, 2013, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=1939755>, 05.06.2018, 7-8.

односе на услове за подношење тужбе и изглед поступка по тужби су формалне природе, који не говоре много о узајамном односу ове две тужбе. Прецизније речено, кључно питање које се у овом случају поставља јесте да ли се индивидуалном тужбом може захтевати накнада тзв. рефлексне или посредне штете која настаје у имовини чланова друштва, а као последица штете коју је претходно претрпело друштво. Ипак, примећује се да је принцип забране рефлексне штете на директнији начин признат у енглеском праву, док у америчком праву постоји у форми критеријума о директној штети (енгл. *direct harm approach*). Поред наведеног, чини се да је кључна разлика између америчког и енглеског правила та да за разлику од енглеског, америчко правило *a priori* не негира право члана да поднесе тужбу ради накнаде штете која му је проузрокована радњама управе због повреде дужности према компанији. Ипак, америчко право и у овом случају такође захтева да је реч о самосталној штети, а не штети која је само рефлексивна штета која је настала у имовини друштва.

Појам рефлексне штете се у енглеском праву временом мењао, те је на почетку подразумевао само смањење вредности акција, али данас се под овим појмом подразумева изостанак било ког очекиваног плаћања од стране друштва, а које је изостало због штете коју је друштво претрпело.<sup>998</sup> Са друге стране појам посредне штете америчка судска пракса није покушала да дефинише, већ се задржала на услову да је реч о штети која се заснива на претходном постојању штете друштва.

Постоји неколико објашњења на којима се заснива принцип забране накнаде рефлексне (посредне) штете, а који по својој природи могу бити практичне или концептуалне природе.<sup>999</sup> У разлоге практичне природе спадају образложења која се односе на потребу спречавања двоструке накнаде, али и постојање великог броја судских поступка у којима се фактички захтева иста штета.<sup>1000</sup> На сличној линији резонувања је схватање да индивидуална тужба у овом случају није дозвољена, јер не би било могуће израчунати висину штете коју чланови друштва посредно трпе због повреде дужности према друштву, уколико чланови друштва никада не продају

---

<sup>998</sup> Вид. J. Lin, 550.

<sup>999</sup> Вид. B. Jong, 2-5.

<sup>1000</sup> J. Lin, 552-557.

удео у друштву.<sup>1001</sup> Тада штета може постојати само као апстрактна категорија, која реално не постоји. Такође, поједини аутори сматрају да настанак штете у имовини друштва прекида узрочну везу између штете коју трпе чланови друштва и радње тужених.<sup>1002</sup> У разлоге концептуалне природе спадају образложења која се заснивају на потреби да се заштите повериоци друштва. Према овом схватању чланови друштва су резидуални повериоци због чега се не може оправдати могућност да они имају приоритет у односу на остала лица.<sup>1003</sup>

На крају, потребно је напоменути да сличан принцип постоји и у појединим европским правима (немачком и француском).<sup>1004</sup>

### 2.2.1. Српско право

Полазећи од одредбе чл. 78 ЗПД већ на самом почетку се може закључити да је у српском праву однос деривативне и директне тужбе сложенији него што је то случај са англосаксонским правом, иако се у суштини такође своди на разликовање врсте штете која се може истаћи у форми индивидуалне и деривативне тужбе. Наиме, у српском праву није прихватљиво тумачење да штета коју је члан друштва претрпео због повреде дужности према друштву мора бити потпуно независна од штете која је настала у имовини друштва, јер ЗПД материјални домен примене индивидуалне тужбе везује искључиво за посебне дужности према друштву, а не за евентуалне дужности које могу постојати према члановима друштва. На основу садржине одредбе чл. 78 ЗПД уочава се да је српско право у потпуности одступило од енглеског права, које не дозвољава да члан друштва истиче одштетни захтев на основу повреде дужности која постоји само према друштву, али је одступило и од америчког права јер у чл. 78 ЗПД не забрањује да се у форми индивидуалне тужбе захтева штета која је последица штете настале у имовини друштва. Овакву одредбу на пример садржи немачко право у чл. 117 Закона о акционарским друштвима,<sup>1005</sup> којом се регулише одговорност лица која изврше незаконит утицај на управу

---

<sup>1001</sup> Вид. Julien Chaisse, Lisa Zhuoyue Li, „Shareholder Protection Reloaded: Redesigning the Matrix of Shareholder Claims for Reflective Loss“, *Stanford Journal of International Law* Vol. 52, No. 1 2016, 56.

<sup>1002</sup> Вид. J. Lin, 553.

<sup>1003</sup> Pearlie Koh, „The Shareholder's Personal Claim: Allowing Recovery for Reflective Losses“, *Singapore Academy of Law Journal* 23/2011, 870-871.

<sup>1004</sup> J. Chaisse, L. Zhuoyue Li, 55. За супротну тврдњу у односу на француско право вид. D. Jurić, 42.

<sup>1005</sup> AktG § 117 (1).



друштва, те је прописано да члан друштва од ових лица може захтевати само штету која је изван домена штете која је проузрокована друштву. Имајући у виду све наведено може бити спорно да ли и у ком обиму у српском праву важи принцип забране накнаде рефлексне или посредне штете, као што је то случај у упоредном праву.

С обзиром на чињеницу да је правни основ индивидуалне тужбе у српском праву повреда дужности према друштву, члан друштва у поступку по индивидуалној тужби треба да докаже *постојање повреде дужности према друштву* и узрочну везу између те повреде и штете која је настала у имовини члана друштва. На овом месту је потребно нагласити да ЗПД основаност индивидуалне тужбе не условљавања *постојањем штете друштва* која је настала као последица повреде дужности према друштву, већ само постојањем радње повреде. Имајући у виду наведено, могуће је да у конкретном случају услед повреде дужности према друштву није наступила штета по друштво, али је наступила штета у имовини једног или више чланова друштва. У овом случају није спорно да је реч о директној или непосредној штети коју су чланови друштва претрпели због повреде дужности према друштву. Међутим, поставља се питање да ли у случају када је услед повреде дужности према друштву штета настала у имовини друштва и имовини чланова, да ли члан друштва и даље има право да захтева само накнаду непосредне штете (као што је то случај са англосаксонским правом) или би могао да захтева и посредну, односно рефлексну штету, на пример због смањења вредности удела.

О овом питању постоји одлука суда у којој је наведено да „*Основ и висина штете која је учињена члановима привредног друштва, може се утврђивати само након утврђења основа и висине штете причињене самом друштву*“.<sup>1006</sup> На основу цитиране одлуке суда стиче се утисак да у српском праву не само да је дозвољено да се индивидуалном тужбом захтева посредна штета, већ да је то заправо једини облик штете коју члан друштва може захтевати, а што би било супротно сврси индивидуалне тужбе.

У том погледу за потребе разматрања односа деривативне и индивидуалне тужбе у српском праву претходно је потребно одредити појам рефлексне штете и посредне штете, а како би се утврдило да ли је ове облике штете дозвољено захтевати у форми индивидуалне тужбе.

---

<sup>1006</sup> Пресуда Привредног апелационог суда Пж – 7572/2013 од 11.04.2014. године.

Закон о облигационим односима (у даљем тексту: ЗОО) не познаје појам рефлексна штета, као посебну врсту штете, већ само говори о стварној штети и измаклој добити.<sup>1007</sup> Са друге стране, теорија облигационог права у првим годинама по доношењу ЗОО није познавала термин рефлексна штета. Појам рефлексна штета у српском праву први пут се јавља у судској пракси средином осамдесетих година 20. века<sup>1008</sup> и везује се искључиво за чл. 488. ЗОО ст. 3<sup>1009</sup> којим је прописано да продавац одговара купцу и за штету коју је овај због недостатка ствари претрпео на другим својим добрима и то према општим правилима о одговорности за штету. До данас, појам рефлексне штете се везивао искључиво за чл. 488 ст. 3 ЗОО. За разлику од појма „рефлексна штета“, појам „посредна штета“ је заступљенији у теорији облигационог права и јавља се у оквиру излагања о подели врста штете на непосредну и посредну. Проф. Радишић под појмом непосредна штета подразумева „штету која је наступила као непосредна последица штетне радње тј. која се на њу надовезала без икаквих међудогађаја. Као посредна или индиректна штета узима се опет она шета која је наступила као посредна последица штетне радње, односно као последица друге штете или посредних догађаја између штетне радње и штете“.<sup>1010</sup> У коментару ЗОО непосредна штета је дефинисана на следећи начин „Када штетни догађај има за последицу штету, штета је непосредна. Непосредна је и штета и када један догађај покрене други догађај, којим више не управља нека људска воља, па из тог другог догађаја настане штета. Штета се сматра посредном ако други догађај наступи из самосталног извора, али с обзиром на повољне околности које је створио први догађај“.<sup>1011</sup> Разлика између два наведена схватања посредне штете јесте у томе што се у првом случају захтева да је реч о штети која је настала као последица догађаја којег је изазвала друга штетна радња, при чему није од значаја да ли је друга штетна радња под контролом људске воље или не, док у другом случају посредна штета постоји уколико је изазвана другим догађајем који је под контролом људске воље, а којем је претходила штетна радња. Дакле, у другом случају уколико

---

<sup>1007</sup> ЗОО, чл. 155.

<sup>1008</sup> Вид. Правно схватање Савезног суда – начелни став бр. 4/85 од 06.11.1985. године, објављен у збирци судских одлука Савезног суда, Свеска I-II 1994. година – Судска пракса привредних судова – Билтен бр. 2/98, 9.

<sup>1009</sup> Вид. Мирко Васиљевић, *Трговинско право*, Правни факултет Универзитета у Београду 2009, 108.

<sup>1010</sup> Јаков Радишић, *Имовинска одговорност и њен досег*, Београд 1979, 73-74.

<sup>1011</sup> Слободан Перовић (ур.), *Коментар Закона о облигационим односима*, Савремена администрација, Београд 1995, 348.

је други догађај који је довео до настанка штете изван домена људске воље, реч је о непосредној штети, без обзира што је тај други догађај изазвала претходна штетна радња.

Имајући у виду наведено поставља се питање да ли у српском праву рефлексна и посредна штета представљају два различита појма.

Сходно изложеним појмовима може се закључити да у српском праву рефлексна штета, коју ЗОО прописује само у чл. 488 по својој врсти требало би да представља непосредну штету, јер она настаје као директна последица штетне радње (испорука ствари са материјалним недостатком) и којој не претходи међудогађај који би чинио да шета представља посредну последицу штетне радње.

Међутим, полазећи од изложене дефиниције посредне и непосредне штете у српском праву, за разграничење односа деривативне и индивидуалне тужбе није од значаја подела штете на посредну и непосредну, у смислу да би индивидуална тужба била дозвољена само у односу на непосредну штету коју члан друштва трпи као последицу повреде дужности према друштву. Наиме, уколико би се прихватио став да је индивидуална тужба дозвољена само у односу на непосредну штету коју је члан друштва претрпео, а полазећи од изложене дефиниције непосредне штете у правној теорији, дошли бисмо до закључка да би индивидуалном тужбом у српском праву било дозвољено захтевати накнаду штете у виду умањења вредности удела или сличан облик штете, уколико између радње повреде дужности и умањења вредности удела није наступио други догађај који је заправо довео до смањења вредности удела. На пример, ова ситуација може настати уколико директор друштва отуђи непокретности у власништву друштва, након чега дође до смањења књиговодствене вредности акција, као и процењене вредности акција, уколико би се на пример користио ликвидациони метод процене, а цену акција је потребно утврдити за потребе остваривања права акционара.

Имајући у виду наведено, када је реч о српском праву за утврђивање врсте штете која се може захтевати индивидуалном тужбом коју подноси члан друштва не би требало да буде од значаја подела штете на посредну и непосредну, већ принцип интегралне накнаде штете.<sup>1012</sup> Наиме, један од основних разлога због којих је у англосаксонском праву формиран принцип забране рефлексне или посредне штете је тај да постоји опасност да иста штета буде два пута надокнађена, једном путем

---

<sup>1012</sup> О начелу интегралне накнаде штете вид. Ј. Радишић (1979), 55.

тужбе од стране друштва, а други од стране члана друштва путем индивидуалне тужбе. У српском праву наведени проблеми могу бити решени применом принципа интегралне накнаде штете. ЗОО у чл. 190 прописује да ће суд узимајући у обзир и околности које су наступиле после проузроковања штете досудити накнаду у износу који је потребан да се оштећеникова материјална ситуација доведе у оно стање у коме би се налазила да није било штетне радње или пропуштања. У том смислу члан друштва путем индивидуалне тужбе, би несумњиво могао да захтева штету коју је непосредно претрпео као последицу повреде дужности према друштву. На пример, члан друштва може претрпети штету због повреде посебних дужности према друштву уколико је услед тога дошло до активирања средства обезбеђења датог од стране члана друштва, а што доведе до његове личне одговорности за обавезе друштва. Међутим, поред наведеног члан друштва би могао да захтева и штету коју је претрпео услед умањења имовине друштва, а која није могла да се надокнади након успешног окончања поступка по деривативној или директној тужби. На пример, могуће је да није дошло до подношења директне или деривативне тужбе, те на сличан начин као и у енглеском праву, у овом случају би требало дозволити члану друштва да захтева накнаду посредне штете, уколико је подношење директне или деривативне тужбе неосновано спречено.<sup>1013</sup>

Све претходно наведено је могуће применити само уколико је члан друштва

---

<sup>1013</sup> С обзиром на околност да ЗПД прописује кратке рокове за подношење тужбе због повреде посебних дужности према друштву, у већини ситуација ће бити јасно да ли постоји могућност за подношење деривативне или директне тужбе. Имајући у виду наведено, осим материјално правног односа између деривативне и индивидуалне тужбе, могуће је формирати и процесно правни однос ове две врсте тужби. На пример, уколико је индивидуална тужба поднета пре деривативне или директне тужбе, суд би требало да одбије тужбени захтев као преурањен, уколико поступак по некој од ове две тужбе не буде покренут до закључења главне расправе у поступку по индивидуалној тужби, а рокови за подношење тужби још увек нису истекли, јер тада није могуће утврдити да ли постоји и колико износи лична штета тужиоца. Затим, уколико паралелно са поступком по деривативној тужби или директној тужби тече и поступак по индивидуалној тужби, поступак по индивидуалној тужби би требало прекинути до правоснажног окончања поступка по деривативној или директној тужби. На крају, уколико члан друштва индивидуалну тужбу којом захтева накнаду посредне штете заснива на томе да је подношење тужбе за рачун друштва неоправдано спречено, ову чињеницу је потребно посебно утврдити у циљу одређивања висине штете која може бити досуђена индивидуалном тужбом. У свим наведеним околностима требало би водити рачуна о потенцијалним злоупотребама од стране чланова друштва, јер чланови друштва могу намерно пропустити да поднесу деривативну тужбу или деривативну тужбу поставити на мањи износ како би повећали изглед за успех у поступку о индивидуалној тужби. У том смислу потребно је водити рачуна о томе да су чланови учинили све што им је било на располагању како би обештећењем друштва повратили вредност коју су они као чланови изгубили због штете коју је друштво претрпело.

заиста претрпео посредну штету због повреде дужности према друштву. На примеру смањења вредности удела уочава се у којој мери такозвана посредна штета коју чланови друштва могу претрпети због доношења штете друштву може представљати апстрактну категорију, а не штету која је заиста наступила у имовини члана друштва. Повод за размишљање у овом смеру даје једна одлука суда у којој је наведено *„Следи да се висина и обрачун штете коју је члану друштва проузроковало неко од лица из члана 31. Закона не може вршити на било који произвољно одређен дан (на ни на дан подношења тужбе), све док члану друштва који захтева накнаду штете не престане својство члана друштва (иступањем, продајом удела или на други законом прописан начин), нема услова за утврђење висине штете (опредељене као разлика у висини вредности удела на произвољно одређен датум), јер се према цитираним одредбама закона вредност удела утврђује према тржишној вредности на дан престанка својства члана друштва.“*<sup>1014</sup> Овде је суд препознао веома важно питање, а то је на који датум се утврђује штета због смањења вредности друштва. Уколико штета због смањења вредности друштва остане само на нивоу апстрактне штете, онда сваки датум као дан процене штете може бити погрешан, јер повреда дужности према друштву у различитим временским тренуцима може давати различите финансијске ефекте. Уколико није могуће утврдити датум настанка штете, онда је упитно да ли је штета уопште наступила. У конкретном случају суд је као могући датум на који је потребно извршити процену штете навео датум престанка чланства у друштву. Тако на пример, штета члана друштва због пада вредности друштва може постојати уколико члан друштва користи права као несагласни акционар, а вредност акција коју му друштво исплаћује по том основу је смањена управо због умањења имовине друштва која је настала као последица повреде дужности према друштву. Слична ситуација може постојати и уколико банка члану друштва одбије захтев за кредит, јер не прихвата удео у друштву као средство обезбеђења кредита због умањене вредности друштва, а члан друштва због тога претрпи штету, јер не може да уложи средства како је планирао. У свим наведеним случајевима, штета коју члан друштва трпи настаје на одређени дан у односу на који је могуће квантификовати износ штете.

Имајући у виду све наведено као закључак може се рећи да у српском праву

---

<sup>1014</sup> Решење Привредног апелационог суда Пж – 3616/2013 од 03.04.2014. године.

члан друштва у форми индивидуалне тужбе неспорно може да захтева непосредну штету која је настала као последица повреде дужности према друштву, а која је независна у односу на штету друштва. Када је реч о могућности истицања захтева за накнаду посредне штете због умањења вредности имовине друштва, *a priori* не би требало негирати ово право члана друштва. Наиме, у овом случају треба водити рачуна најпре о томе да ли је посредна штета заиста настала и да ли би накнада посредне штете била у складу са начелом интегралне накнаде штете.

Осим разлике у врсти штете која се може захтевати у виду деривативне и индивидуалне тужбе, ове две тужбе у српском праву се разликују и по другим основама. Најпре, постоје разлике које се односе на услове за подношење тужбе, а затим субјективни домен примене тужби. У погледу услова за подношење тужбе, за разлику од деривативне тужбе, ЗПД није прописао посебне услове за подношење индивидуалне тужбе, те се за оцену дозвољености тужбе примењују општа правила парничног поступка. Када је реч о субјективном домену примене, индивидуална тужба уопштено има шири домен примене јер се примењује и на друштва лица и на друштва капитала.<sup>1015</sup> Такође, посматрано у ужем смислу, активна легитимација за подношење индивидуалне тужбе је шири у односу на деривативну тужбу, јер тужбу може поднети сваки члан друштва. Са друге стране, пасивну легитимацију код индивидуалне тужбе има ужи круг лица, а то су само лица која имају посебне дужности према друштву.<sup>1016</sup> Поред наведеног веома значајне разлике између индивидуалне и деривативне тужбе односе се на рок за подношење тужбе и право бившег члана друштва да поднесе тужбу.

Рок за подношење индивидуалне тужбе није посебно прописан ЗПД, што указује да је ову тужбу могуће поднети у оквиру општих рокова застарелости накнаде штете прописане ЗОО. У том смислу рок за подношење тужбе није преклузиван, који утиче на дозвољеност тужбе, већ застарни који утиче на основаност тужбе.<sup>1017</sup>

---

<sup>1015</sup> ЗПД, чл. 78, 79.

<sup>1016</sup> ЗПД, чл. 61.

<sup>1017</sup> Одговори на питања привредних судова који су утврђени на седницама Одељења за привредне спорове Привредног апелационог суда одржаним дана 16.11., 17.11., 20.11. и 30.11.2017. и на седници Одељења за привредне преступе одржаној дана 17.11.2017. године, где је суд навео следеће: „За разлику од ових тужби самог друштва, које друштво подноси против лица која имају посебне дужности према друштву, ради отклањања негативних последица које су наступиле за друштво услед поступања ових лица, укључујући и накнаду проузроковане штете, и члан друштва може поднети

За разлику од деривативне тужбе, право на подношење индивидуалне тужбе због повреде дужности према друштву би требало дозволити и члановима друштва који су то својство имали у тренутку повреде посебних дужности, али су након тога изашли из друштва, иако чл. 78 ЗПД може упућивати на закључак да индивидуалну тужбу могу поднети само актуелни чланови друштва.<sup>1018</sup> Наиме, у случају индивидуалне тужбе, с обзиром на околност да је реч о накнади штете која припада лично члановима друштва интерес (правни и економски) за подношење тужбе опстаје без обзира на излазак из друштва. Додатно, како је указано у претходним излагањима шета коју члан друштва трпи због повреде посебних дужности према друштву нарочито се може материјализовати у тренутку када члан излази из друштва. Није спорно да је члан друштва штету могао да надокнади, на пример, формирањем цене удела, међутим то не мора бити случај, јер умањење имовине друштва може довести до умањења купопродајне цене удела, што ће чешће бити случај у пракси. Дакле, у овом случају би такође требало да буду одлучујуће чињенице постојања штете и принцип интегралне накнаде штете, а не околност да ли је тужилац члан друштва или не.

На крају, у контексту разликовања индивидуалне и деривативне тужбе поставља се питање да ли друштво може бити тужено од стране члана друштва, у случају повреде дужности према друштву, а што би био још један основ разликовања индивидуалне и деривативне тужбе, јер код деривативне тужбе друштво није странка у поступку. Наиме, у теорији постоје мишљења да друштво може бити тужено од стране члана друштва због повреде посебних дужности према друштву, а на основу чл. 172 ст. 1 ЗОО, којим је прописано да је правно лице

---

тужбу против лица које има посебне дужности према друштву. Тужба члана друштва због повреде посебних дужности је индивидуална тужба, коју члан друштва подноси у своје име и за свој рачун против лица из члана 61. закона и то за накнаду штете коју му је то лице проузроковало повредом посебних дужности према друштву. Значи, основ за индивидуалну тужбу је штета коју је претрпео члан друштва, а не само друштво, који у поступку зато треба да докаже настанак и висину штете, као и узрочну везу између радњи или пропуштања лица које има посебне дужности према друштву, и то радњи или пропуштања везаних за повреду посебних дужности тог лица, и настале штете. С обзиром да Законом о привредним друштвима није прописан преклузивни рок за подношење индивидуалне тужбе, као што је предвиђен за таксативно набројане тужбе самог друштва у члану 77. Закона, то се не би могло сматрати да се тај рок примењује и на индивидуалну тужбу члана друштва, која је посебно регулисана у члану 78. Закона. Како се ради о потраживању члана друштва на име накнаде проузроковане штете, примењује се рок застарелости потраживања накнаде штете, прописан чланом 376. Закона о облигационим односима.“

<sup>1018</sup> Вид. Ј. Лепетић (2014), 188.

одговорно за штету коју његов орган проузрокује трећем лицу у вршењу или у вези са вршењем својих функција.<sup>1019</sup> Међутим, постоји неколико аргумената који се могу истаћи против примене чл. 172 ЗОО у конкретном случају. Прво, члан друштва не би требало да се сматра трећим лицем у смислу чл. 172 ЗОО. Под појмом треће лице требало би подразумевати само субјекте изван сфере привредног друштва,<sup>1020</sup> иако није спорно да је основно правило компанијског права одвојеност правног субјективитета друштва и његових чланова, те да у том смислу чланови друштва могу представљати треће лице у односу на друштво. Међутим у овом случају одредбу чл. 172 ЗОО треба тумачити у складу са њеном сврхом, а не само језички. Друго, одговорност друштва према члану због повреде посебних дужности нема логичко утемељење, јер друштво је то које је у првом реду погођено повредом дужности. Успостављањем одговорности према члановима још више би се отежала позиција друштва, које је и само оштећено повредом дужности. Такође, чланови друштва као потенцијални оштећени нису у потпуности немоћни према прекршиоцима дужности (као што је случај са лицима изван друштва), јер располажу низом могућности да утичу на понашање органа друштва. Са друге стране, у случају штете коју органи правног лица проузрокују лицу изван унутрашње сфере правног лица, то треће лице није имало механизам да спречи настанак повреде од стране органа правног лица, због чега је одговорност правног лица оправдана. На крају, да нема места примени чл. 172 ЗОО у овом случају говори ст. 2. овог члана закона који прописује да „ако за одређени случај није што друго у закону одређено, правно лице има право на накнаду од лица које је штету скривило намерно или крајњом непажњом“. Дакле, у случају одговорности друштва, друштво би могло да се регресира од прекршиоца дужности само уколико је шета проузрокована намером или крајњом непажњом, што би фактички довело до ограничавања одговорности лица са посебним дужностима у односу према друштву, што није у складу са одредбама ЗПД о одговорности ових лица. Дакле, као што је случај са деривативном тужбом, ни код индивидуалне тужбе друштво не могло бити тужено у поступку по тужби члана друштва.

---

<sup>1019</sup> *Ibid.*, 200.

<sup>1020</sup> Марко Ђурђевић, „Одговорност привредног друштва за штету коју проузрокује његов орган или запослени“, *Право и привреда* 5-8/2006, 139-140.



### 3. Однос деривативне тужбе и колективне тужбе

Однос деривативне и колективне тужбе представља значајну тему када је реч о тужбама компанијског права, међутим ова тема није била предмет детаљније анализе чак ни у америчком праву. У односу на српско право однос деривативне и колективне тужбе, барем за сада, није од већег значаја, јер српско право не прописује колективну тужбу, а слична ситуација постоји у другим европским правима, која су уздржана у прихватању института колективне тужбе.<sup>1021</sup>

Имајући у виду да је колективна тужба творевина америчког права<sup>1022</sup> излагања у овом делу рада засниваће се на схватању односа деривативне и колективне тужбе у америчком праву. У овом случају одступање од позитивно правног метода који представља примарни научно истраживачки метод у овом раду је целисходно, јер је у претходном периоду било покушаја да се колективна тужба уведе у српско право, али без успеха, те је ова тема и даље отворена за неке будуће измене Закона о парничном поступку. Имајући у виду да би колективна тужба, подједнако као и деривативна, била непосредни правни трансплант из америчког права, целисходно је да се колективна тужба представи из угла компанијског права, а самим тим и у односу на деривативну тужбу.

У америчком праву није спорно да деривативна тужба и колективна тужба представљају два потпуно различита механизма заштите интереса чланова друштва, због чега не постоје значајне потешкоће при разликовању деривативне и колективне тужбе (која околност можда представља један од разлога због којег се литература детаљно не бави односом ове две врсте тужби). Када је реч о тужбама компанијског

---

<sup>1021</sup> Сматра се да је један од разлога због којег европска права имају отпор према увођењу колективне тужбе околност да постоји веће поверење у државне институције које би требало да реше питања од општег значаја. Међутим, у америчкој литератури постоје схватања да је један од разлога настанка колективне тужбе управо немогућност државе да преко управних органа обезбеди довољну заштиту грађана. Вид. David Marcus, *The History of the Modern Class Action, Part I: Sturm Und Drang, 1953–1980*, *Washington University Law Review*, Volume 90, No. 3, 2013, доступно на адреси [http://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6000&context=law\\_lawreview](http://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6000&context=law_lawreview), 06.06.2017, 592; Бранка Бабовић, „О увођењу групне тужбе англосаксонског типа у права држава чланица ЕУ“, *Право и привреда* 4-6/2017, 522-528. Почетком 2018. године донета је прва одлука Врховног суда Италије у поступку по колективној тужби (*Codacons vs. Voden Medical Instruments S.p.A.*), а који је потврдио пресуде нишестепених судова о усвајању захтева за накнаду штете према произвођачу медицинског теста на постојање свињског грипа, јер није упозорио потрошаче да тест може дати лажан негативан резултат.

<sup>1022</sup> Б. Бабовић (2017), 521.

права у америчкој литератури се сматра да је колективна тужба ближа индивидуалној тужби,<sup>1023</sup> иако има доста сличности и са деривативном тужбом. Колективна тужба је блиска индивидуалној тужби, јер обе служе заштити права акционара, а не права друштва. Одлука о томе да ли ће индивидуално право акционара бити заштићено подношењем индивидуалне или колективне тужбе, зависи од броја чланова друштва чија су права повређена истом или сличном радњом органа друштва и да ли у конкретном случају постоје услови за подношење колективне тужбе, али и од области компанијског права поводом које се јавља потреба за подношењем тужбе.<sup>1024</sup> Са друге стране, основна заједничка особина колективне и деривативне тужбе јесте чињеница да је реч о представничким тужбама из ког разлога постоје слични принципи функционисање ове две врсте тужби.<sup>1025</sup>

### 3.1. Појам колективне тужбе и основни принципи функционисања

Полазећи од правила 23 Федералног закона о парничном поступку, колективна тужба се може дефинисати као процесни механизам који омогућава да више лица туже или буду тужена као група,<sup>1026</sup> при чему у поступку као странка учествује само један или неколико припадника који заступају интересе целе групе, а не само сопствене интересе. Уколико се акценат стави на чињеницу да је реч о тужби, колективна тужба се може дефинисати и као тужба коју тужилац подноси у својству представника групе ради заштите интересе целе групе (класе) којој припада, по ком основу ће пресуда обавезивати све припаднике групе, без обзира да

---

<sup>1023</sup> Може се рећи да је колективна тужба облик или врста индивидуалне тужбе. Вид. R. Hamilton, 535.

<sup>1024</sup> У компанијском праву колективне тужбе се најчешће подnose у области тржишта капитала због давања лажних или непотпуних информација инвеститорима (енгл. *securities fraud class actions*). J. Fisch, 749. Поред наведеног, крајем 20. века уочен је повећан број колективних тужби које се односе на статусне промене. J. McCahery, A. Roode, 6. Када је реч о тужбама због повреде фидуцијарних дужности, једно истраживање које је обухватило период од две године је показало да од укупног броја тужби које су поднете у Делаверу (1048), највише је било колективних, чак 824, док је деривативних било само 137. Преосталих 87 тужби су биле индивидуалне тужбе. R. Thompson, R. Thomas, 21.

<sup>1025</sup> А. Коорманн, 899.

<sup>1026</sup> Kevin Lamponе, Class Certification as a Prerequisite for CAFA Jurisdiction 2011, Minnesota Law Review, Vol. 96, 2012, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=1822469>, 01.07.2018, 1154-1155.

ли су учествовали у поступку.<sup>1027</sup>

Идеја о колективној тужби настала је у 18. веку у пракси америчких судова из разлога целисходности.<sup>1028</sup> Наиме, како је било наведено у оквиру излагања о историјском развоју деривативне тужбе, једно од традиционалних начела англосаксонског процесног права било је правило о обавезној странци (енгл. *necessary party rule*), сходно којем сва лица која су учесници одређеног материјално правног односа су морала бити обухваћена тужбом (као тужени или тужилац).<sup>1029</sup> Међутим, у појединим ситуацијама је било немогуће у поступак укључити сва лица која су повезана са конкретним спором, те је настала идеја о колективној тужби.<sup>1030</sup> Суштинска карактеристика колективне тужбе јесте да постоји група или класа лица која деле заједнички интерес, те је за судове било прихватљиво да прибегну тумачењу да лица која учествују у поступку имају положај представника одсутних чланова класе. Имајући у виду да је формирана претпоставка о заступању одсутних лица од стране других припадника класе који учествују у поступку, убрзо након настанка колективне тужбе настало је и правило да пресуда донета у поступку обавезује све припаднике класе.<sup>1031</sup>

Колективна тужба, иако представља веома значајно и оригинално достигнуће америчког процесног права, од самог почетка се сусретала са проблемима који су доводили у питање оправданост њеног постојања. Код уређења колективне тужбе постоје три кључне теме, на основу којих се може разумети њена суштина. Прво, на који начин се дефинише класа или група, што је веома значајно за практичну примену тужбе, с обзиром на околност да од претходног дефинисања појма класе зависи и која све лица ће бити обавезана пресудом донетом у поступку по

---

<sup>1027</sup> Antonio Gidi, *Class Actions in Brazil – A Model for Civil Law Countries*, *American Journal of Comparative Law*, Vol. 51, 2003, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=903188>, 01.07.2018, 334.

<sup>1028</sup> Основе колективне тужбе су настале знатно раније у пракси енглеских судова правичности. Један од значајнијих случајева из тог периода је *Brown v. Vermuden* из 1676. године. Вид. Raymond B. Marcin, *Searching for the Origin of the Class Action*, 23 *Catholic University Law Review*, No. 515, 1974, доступно на адреси: <http://scholarship.law.edu/lawreview/vol23/iss3/4>, 01.05.2017, 516; Arjya Majumdar, Sneha Bhawnani, *Class Action Suits – Genesis, Analysis and Comparison*, *RGNU Book Series on Corporate Law and Corporate Affairs*, 2016, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=2883976>, 15.02.2018, 3-4. Више о историјату колективне тужбе вид. Stephen C. Yeazell, „Group litigation and social context: toward a history of the class action“, *Columbia Law Review* Vol. 77, No. 6 1977, 866-896.

<sup>1029</sup> Geoffrey C. Hazard, John L. Gedid, Stephen Sowle, „An historical analysis of the binding effect of class suits“, *University of Pennsylvania Law Review* Vol. 146 1998, 1858-1859, 1878.

<sup>1030</sup> *Ibid.*, 1878-1879.

<sup>1031</sup> *Ibid.*, 1855.

колективној тужби.<sup>1032</sup> Друга тема се односи на адекватност заступања одсутне странке, односно на који начин је могуће обезбедити да лица која учествују у поступку заиста воде рачуна о интересима целе класе, а не само о сопственим интересима. Ово питање је у пракси нарочито значајно код закључења поравнања у поступку по колективној тужби. У претходним излагањима је поменуто да представник класе у поступку има фидуцијарне дужности према целој класи. Међутим, у теорији постоје мишљења да овај вид заштите одсутних лица није довољан, јер представник класе не заступа само туђе, већ и сопствене интересе, из ког разлога односи који постоје између припадника класа више подсећају на односе који постоје код заједничког подухвата, а не на односе који постоје између принципала и агента.<sup>1033</sup> Имајући у виду наведено, одсутним припадницима класе је потребно обезбедити већи степен заштите, на пример, да је њихова сагласност потребна за предузимање одређених радњи или одложити тренутак до када могу да одлуче да иступе из поступка.<sup>1034</sup> Треће, дуги временски период било је спорења између теоретичара и практичара око правила о обавезујућем дејству пресуде на одсутне припаднике класе, јер се са резервом гледало на ограничавање права на индивидуалну заштиту лица које можда није ни знало да се поступак по тужби води.<sup>1035</sup> Проблем дефинисања адекватне заштите одсутних припадника класе у контексту обавезујућег дејства пресуде, био је актуелан како при доношењу закона из 1938. године којим је колективна тужба први пут прописана законом, тако и приликом измена закона из 1966. године, када је предложено увођење правила да је сагласност припадника класе потребна како би се укључио у поступак, а не обрнуто да би се изузео из поступка, међутим овај предлог није био прихваћен.<sup>1036</sup> Након тога исто решење није више предлагано, те и данас важи правило да је сагласност сваког припадника класе потребна само за искључење из поступка.<sup>1037</sup> Друга и трећа тема су уско повезане, јер што је веће уверење у адекватност заступања одсутних

---

<sup>1032</sup> Samuel W. Block, „Class and Derivative Actions under the Securities Laws“, *The Business Lawyer* Vol. 26, No. 2 1970, 428-429.

<sup>1033</sup> John C. Coffee, „Class action accountability: reconciling exit, voice, and loyalty in representative litigation“, *Columbia Law Review* Vol. 100, No. 2 2000, 436.

<sup>1034</sup> *Ibid.*, 417, 420.

<sup>1035</sup> Вид. G. Hazard, J. Gedid, S. Sowle, 1854-1858.

<sup>1036</sup> Scott Dodson, A negative retrospective of Rule 23, *New York University Law Review*, Vol. 92, UC Hastings Research Paper No. 227, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=2878273>, 03.08.2017, 919-927.

<sup>1037</sup> S. Dodson, 928.

лица, то је већи легитимитет правила о обавезујућем дејству пресуде у односу на одсутне припаднике класе.<sup>1038</sup>

### 3.2. Правило 23. Федералног закона о парничном поступку

Правило 23. Федералног закона о парничном поступку (у даљем тексту: Правило) први пут је прописано у закону из 1938. године. Колективна тужба је данас такође регулисана истим правилом, али је оно неколико пута мењано, последњи пут 01.12.2018. године. Осим поменутих законом, колективна тужба је регулисана и посебним законом *Class Action Fairness Act* из 2005. године, којим се дозвољава успостављање надлежности федералног суда за тужбе које износе преко пет милиона долара, али су и регулисана одређена питања код којих су уочене злоупотребе у пракси.<sup>1039</sup>

Правило уређује двостепени поступак у коме суд испитује да ли постоје услови за подношење колективне тужбе.<sup>1040</sup>

У првој фази суд утврђује да ли (i) постоји велики број припадника класе, због чега би учешће свих лица у поступку било нецелисходно, (ii) постоји заједничко чињенично или правно питање које се односи на све припаднике класе, (iii) је захтев или одбрана коју истиче представник класе идентичан захтеву или одбрани коју може истаћи сваки припадник класе, и (iv) лице које се квалификује као представник класе може адекватно да заступа интересе класе и свих њених припадника.<sup>1041</sup>

Уколико су испуњени наведени услови, суд прелази у другу фазу одлучивања када треба да утврди да ли (i) би вођење одвојених поступка од стране чланова класе створило ризик од доношења различитих одлука којима би се успоставили различити стандарди понашања супротне стране или би вођење одвојених поступака отежало положај других припадника класе, (ii) је супротна странка поступала на начин који је у потпуности идентичан у односу на све припаднике класе, због чега је захтев који се истиче исти за све припаднике класе или (iii) је заједничко правно или

---

<sup>1038</sup> G. Hazard, J. Gedid, S. Sowle, 1855 фн. 28.

<sup>1039</sup> Текст прописа доступан на адреси: <https://www.congress.gov/109/plaws/publ2/PLAW-109publ2.pdf>, 01.07.2018.

<sup>1040</sup> S. Block, 426.

<sup>1041</sup> Федерално правило 23 (a).

чињенично питање класе по важности значајније од било ког другог питања које постоји само код појединих припадника класе, при чему не постоји ефикасније средство за решење спора, осим колективне тужбе.<sup>1042</sup>

У првој фази поступка услови за стицање статуса колективне тужбе су постављени кумулативно, док су у другој фази поступка постављени алтернативно.

Најзначајнија фаза у поступку по колективној тужби односи се на одлуку суда о томе да ли су испуњени услови да тужба има статус колективне тужбе, а самим тим и да се поступак настави по правилима поступка који се односе на колективну тужбу. У том погледу, потребно је нагласити да сама чињеница да је тужилац поднео колективну тужбу није довољна да се започне поступак по тужби, већ је неопходно да суд тужби додели статус колективне тужбе. У посебној одлуци којом суд тужби признаје статус колективне тужбе, суд такође дефинише појам класе и која су заједничка питања и захтеви за целу класу о којима ће бити одлучено у поступку и на крају именује представника класе.<sup>1043</sup> Такође, суд именује и заступника класе из реда адвоката, на основу критеријума који су прописани Правилном.<sup>1044</sup> Након формирања класе суд све чланове класе који су познати обавештава о постојању тужбе, а у обавештењу мора бити наведено да члан класе може захтевати искључење из поступка, као и да уколико то не буде учинио пресуда која буде донета у поступку имаће обавезујуће дејство и у односу на њега.<sup>1045</sup> У даљем току поступка суд има наглашену улогу, те може издавати одређене налоге који се односе на управљање поступком.

Такође, радња располагања тужбеним захтевом (закључење поравнања или повлачење тужбе) мора бити одобрена од стране суда.<sup>1046</sup> Посебно када је реч о закључењу поравнања, суд је у одређеним околностима у обавези да о садржини поравнања обавести све припаднике класе, који се могу истаћи приговоре у односу на садржину поравнања.<sup>1047</sup>

Све наведено се односи на поступак по колективној тужби који се води пред федералним судовима, а када је реч о поступцима који се воде пред државним

---

<sup>1042</sup> Федерално правило 23 (b).

<sup>1043</sup> Федерално правило 23 (c) (1).

<sup>1044</sup> Федерално правило 23 (g).

<sup>1045</sup> Федерално правило 23 (c) (2).

<sup>1046</sup> Федерално правило 23 (d).

<sup>1047</sup> Федерално правило 23 (e).

судовима постоје посебна правила, која углавном не одступају од федералних прописа.

### 3.3. Однос колективне и деривативне тужбе

О односу деривативне и колективне тужбе у теорији постоје два (супротстављена) схватања.

Сходном првом, традиционалном схватању, деривативна и колективна тужба су суштински сличне и разликују се само у погледу формалних питања, која се односе на услове за подношење тужбе и сам ток поступка. По другом, модернијем схватању, деривативна тужба и колективна тужба представљају два потпуно одвојена института, али постоје одређене сличности формалне природе. Традиционално схватање односа деривативне и колективне тужбе се заснива на теорији о интересу акционара као примарном, док модерније схватање прихвата постојање концепта о постојању више конститутивних интереса унутар друштва.

Традиционално схватање односа деривативне и колективне тужбе се заснива на чињеници да је у оба случаја реч о представничкој тужби, из ког разлога је неопходно формирати механизме који ће обезбедити адекватност заступања од стране лица која воде поступак.<sup>1048</sup> Додатно, колективна тужба, на исти начин као и деривативна може служити решавању сукоба између акционара и управе друштва.<sup>1049</sup> Посебан основ традиционалног схватања односа деривативне и колективне тужбе представља садржина правила 23.1. Федералног закона о парничном поступку који прописује да деривативна тужба није дозвољена уколико тужилац не докаже да ће адекватно заступати интересе осталих акционара који се налазе у сличној позицији (иако државе у својим прописима захтевају да тужба мора бити у интересу друштва).<sup>1050</sup> Имајући у виду овако постављен услов за дозвољеност деривативне тужбе, на први поглед стиче се утисак да између деривативне и колективне тужбе, суштински нема разлике, јер је у оба случаја потребно да тужилац штити интересе осталих акционара који представљају припаднике једне класе. Са друге стране, постоје разлике када је реч о правилима

---

<sup>1048</sup> *Á. Oquendo*, 3.

<sup>1049</sup> *Ibid.*

<sup>1050</sup> *Ibid.*

поступка (између осталог накнада код деривативне тужбе припада друштву, док код колективне тужбе акционарима), али и одређене сличности.<sup>1051</sup> На пример, за закључење поравнања или повлачење тужбе у поступку по колективној и деривативној тужби је неопходно одобрење суда.<sup>1052</sup> Поред наведеног, деривативна и колективна тужба имају још једно заједничко обележје, а то је да се често указује на могућности њихове злоупотребе.<sup>1053</sup>

Модерно схватање односа деривативне и колективне тужбе истиче четири кључне тачке њиховог међусобног разликовања.

Прво, иако су деривативна и колективна тужба по својој природи представничке тужбе, оне се разликују по начину испољавања представљања. Код деривативне тужбе тужилац представља друштво као колектив који се не може поистоветити само са његовим члановима, јер унутар друштва постоје и други интереси (запослених, управе,...). У том погледу деривативном тужбом се штити један интерес који се не може свести на збир појединачних интереса, већ сви интереси који постоје у друштву формирају један колективни интерес који добија засебан квалитет и који се на други начин не може заштитити. Са друге стране, колективном тужбом се штити збир појединачних интереса акционара, који би могли да се заштите и индивидуалном тужбом.<sup>1054</sup>

Друго, природа заступања је различита код деривативне и колективне тужбе. Код деривативне тужбе тужилац заступа најпре интересе друштва, а уколико се прихвати и шире тумачење и интересе свих осталих чланова, а самим тим и сопствене интересе. Са друге стране, код колективне тужбе тужилац заступа најпре сопствени интерес, али неспорно и интересе свих других чланова друштва који се налазе у сличној ситуацији, али не заступа интересе самог друштва.<sup>1055</sup>

Треће, сврха деривативне и колективне тужбе је различита. Обе тужбе у основи служе решавању сукоба који постоји између чланова друштва и управе. Међутим, деривативна тужба се у овом сегменту квалитативно разликује од колективне тужбе, јер се деривативном тужбом мењају правила о расподели

---

<sup>1051</sup> *Ibid.*, 4.

<sup>1052</sup> *Ibid.*, 6.

<sup>1053</sup> J. Sweeney, 25; Вид. Randall S. Thomas, Robert G. Hansen, Auctioning Class Action and Derivative Lawsuits: A Critical Analysis, 87 Northwestern University Law Review 423 (1993), доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=1727632>, 06.06.2017, 423-457.

<sup>1054</sup> А. Оquendo, 6-10.

<sup>1055</sup> *Ibid.*, 10-12.



надлежности за одлучивање у име друштва, те се деривативном тужбом успоставља фактичка делегација надлежности на релацији управа друштва – чланови друштва, односно појединачним члановима друштва се даје право да одлучују о покретању судског поступка за рачун друштва, о чему акционари у редовним околностима не могу одлучивати. Ово својство колективна тужба нема.<sup>1056</sup>

Четврто, критеријуми који се користе приликом оцене дозвољености тужбе су такође различити. Код колективне тужбе потребно је да тужилац води рачуна о интересима других чланова друштва који чине класу. Код деривативне тужбе тужилац мора да води рачуна о интересу друштва, што подразумева да деривативна тужба не би требало да задире у аутономију друштва као самосталног правног субјекта. У том смислу, суд у поступку по деривативној тужби треба да води рачуна да ли је поступак у интересу друштва као целине, односно да ли би вођење поступка донело друштву одређени бенефит. Уколико је одговор на ово питање негативан онда поступак по деривативној тужби не би требало наставити. Са друге стране, у поступку по колективној тужби суд се не бави питањем целисходности тужбе. Уколико суд тужби додели статус колективне тужбе, у том случају треба само да оцени да ли је тужба основана.<sup>1057</sup>

На крају, полазећи од схватања да колективна тужба у основи представља индивидуалну тужбу, тачније њихов збир (које је присутно у америчкој литератури), сви основи разликовања који постоје између деривативне и индивидуалне тужбе могу се применити и приликом разматрања међусобног односа деривативне и индивидуалне тужбе.

Имајући у виду све наведено, може се закључити да се традиционално схватање односа деривативне и колективне тужбе заснива на површном сагледавању међусобног односа ове две тужбе због чега је прихватљивије модерније схватање, сходно којем постоје суштинске разлике између деривативне и колективне тужбе. Овај закључак се посебно заснива на чињеници да колективна тужба у основи представља индивидуалну тужбу, из кога разлога свако суштинско поистовећивање колективне и деривативне тужбе није прихватљиво.

---

<sup>1056</sup> *Ibid.*, 12-14.

<sup>1057</sup> *Ibid.*, 14-16.

#### 4. Однос деривативне тужбе и института *unfair prejudice* енглеског права

На сличан начин на који се деривативна тужба у америчком праву пореди са колективном или индивидуалном тужбом, у енглеском праву деривативна тужба се често пореди са институтом *unfair prejudice*. У овом случају реч је о тужби којом се штите легитимни интереси чланова друштва, који су повређени начином вођења послова друштва. Кључна особеност овог института јесте да повреда легитимних интереса чланова друштва може наступити чак и уколико се послови друштва формално воде у складу са прописима, али супротно њиховој сврси.<sup>1058</sup> Такође, повреда легитимних очекивања/интереса чланова друштва може бити учињена не само одлуком управе друштва, већ и одлуком већине чланова. Поред енглеског, закони појединих америчких држава прописују тужбу која има сличну сврху, али је у великој мери другачије регулисана.

Постоји неколико израза које се користе за ову врсту тужбе, а најчешћи су „*oppressive remedy*“, који је присутан у америчком праву и „*unfair prejudice remedy*“ који је присутан у енглеском праву.<sup>1059</sup>

У америчком праву тужба због неправичног поступања је доступна само члановима друштва који поседују одређен капитал цензус, по правилу 20%.<sup>1060</sup> Имајући у виду да је акционарство у САД изузетно дисперзовано, због високог капитал цензуса тужба је доступна само члановима мањих друштава затвореног типа.<sup>1061</sup> У почетку једина мера коју су чланови друштва могли да захтевају тужбом је била принудна ликвидација, али је касније уведена и могућност изрицања других мера уколико није било потребе за спровођењем ликвидације друштва (на пример, откуп акција од стране друштва).<sup>1062</sup> Занимљиво је истаћи да право државе Делавера не прописује могућност подношења ове тужбе, док закони већине других земаља

---

<sup>1058</sup> M. Gelter (2017), 17. Термин *oppressive conduct* је први пут објашњен 1958. године у случају *Scottish Cooperative Wholesale Society Ltd v Meyer*, као штетно, оптерећујуће и погрешно поступање, док је термин *unfair prejudice* први пут објашњен у случају *Diligenti v RWMD Operations Kelowna Ltd* из 1976. године, као поступање које занемарује интересе чланова и које је истински непоштено. Anthony Nwafor, „The Unfair Prejudice Remedy – A Relief for the Minority Shareholders“, *University of Botswana Law Journal* Vol. 13 2011, 40, 42-43.

<sup>1059</sup> M. Gelter (2017), 17-18.

<sup>1060</sup> *Ibid.*, 18.

<sup>1061</sup> *Ibid.*

<sup>1062</sup> *Ibid.*

познају ову врсту тужбе.<sup>1063</sup>

Са друге стране, тужба због неправичног поступања у енглеском праву је доступна свим члановима друштва, а истицање захтева за принудну ликвидацију представља крајњу меру, јер је у енглеском праву ова врста тужбе настала управо као алтернатива принудној ликвидацији. Наиме, енглеско право је све до Компанијског закона из 1948. године као једини вид заштите интереса чланова друштва од неправичног вођења послова друштва прописивало могућност подношења тужбе за принудну ликвидацију друштва.<sup>1064</sup> Како је у пракси уочено да ликвидација друштва у одређеним околностима може бити потпуно нецелисходна,<sup>1065</sup> Компанијским законом из 1948. године круг мера које је могуће захтевати овом тужбом је проширен, те принудна ликвидација више није представљала једину могућност (закон је користио термин *oppressive conduct* као основ за подношење тужбе).<sup>1066</sup> Тужба која је уведена законом из 1948. године у пракси није заживела због рестриктивног тумачења услова за изрицање мера од стране судова.<sup>1067</sup> Након тога, тужба је значајно измењена законом из 1985. године, а касније и допунама из закона 1989. године. Компанијским законом из 1985. године, дошло је до измене термина у односу на понашање које представља основ за подношење тужбе, те је уместо термина *oppressive conduct*, употребљен термин *unfair prejudice*. Сматра се да је ова терминолошка измена допринела ширем тумачењу услова за подношење тужбе од стране судова, што је заједно са реформисањем института утицало да тужба због неправичног поступања постане озбиљна конкуренција деривативној тужби.<sup>1068</sup> Имајући у виду наведено, комисија која је припремала закон из 2006. године посебну пажњу је посветила односу ова два института, а посебно питању да ли деривативну тужбу треба задржати, поред института *unfair prejudice*.

---

<sup>1063</sup> *Ibid.*, 17.

<sup>1064</sup> A. Nwafor, 39.

<sup>1065</sup> *Ibid.*

<sup>1066</sup> A. Reisberg (2007), 277.

<sup>1067</sup> *Ibid.*, 277. A. Nwafor, 39.

<sup>1068</sup> *Ibid.*

#### 4.1. Појам института *unfair prejudice* и однос са деривативном тужбом

Институт *unfair prejudice* тренутно је регулисан чл. 994-999 Компанијског закона из 2006. године. Овим законом је прописано да члан друштва може поднети тужбу суду којом ће захтевати изрицање одређене мере прописане законом, уколико (i) се послови друштва воде на начин који је супротан интересу свих чланова друштва или интересу одређене групе чланова, којој припада и тужилац или (ii) је одређена радња, односно пропуштање, противна интересима чланова друштва. Уколико суд оцени да је захтев основан, по слободној процени може изрећи једну од следећих мера: (i) уређење начина вођења послова друштва за убудуће, (ii) обавезивање компаније да учини одређену радњу или да се уздржи од ње, (iii) давање овлашћења тужиоцу да покрене судски поступак у име и за рачун компаније, (iv) забрана измене интерних аката друштва без одобрења суда, (v) откуп/удела акција тужиоца од стране друштва или осталих чланова. Поред наведеног, суд може изрећи и било коју другу меру за коју сматра да може бити од користи за решење сукоба. Потребно је нагласити да суд има потпуно дискреционо право да одреди било коју од наведених мера, при чему услове за изрицање мера цени према објективним стандардима.<sup>1069</sup>

Институт *unfair prejudice* је почео у великој мери да се користи у пракси крајем осамдесетих година 20. века, када је и настало схватање да може представљати адекватну замену деривативној тужби.<sup>1070</sup> Основни разлог због којег је институт *unfair prejudice* уживао већу популарност у односу на деривативну тужбу је чињеница да су услови за подношење тужбе били значајно једноставнији, него што је случај са деривативном тужбом.<sup>1071</sup> Наиме, у то време деривативна тужба је у енглеском праву функционисала у складу са традиционалним правилом *Foss v. Harbottle* које је постављало веома строге услове за подношење тужбе. Поред наведеног, значајна околност која је чланове друштва опредељивала за примену института *unfair prejudice*, у односу на деривативну тужбу, јесте да корист остварена у поступку припада директно члановима друштва.<sup>1072</sup> У том смислу институт *unfair prejudice* је схватан као адекватно правно средство за санкционисање поступања

---

<sup>1069</sup> M. Gelter (2017), 20.

<sup>1070</sup> A. Reisberg (2007), 277.

<sup>1071</sup> *Ibid.*, 274.

<sup>1072</sup> *Ibid.*, 275.

управе или већинског члана друштва, јер је настао као замена за ликвидацију, али се показало да може представљати и замену за деривативну тужбу. На овој линији резонавања били су и енглески судови непосредно пре доношења Компанијског закона из 2006. године, те су у појединим одлукама изричито износили став да институт *unfair prejudice* у потпуности може да замени деривативну тужбу.<sup>1073</sup> У том смислу судови су у појединим случајевима одбацивали деривативну тужбу са образложењем да тужилац може поднети тужбу због неправичног поступања.<sup>1074</sup> Посебна околност у свему томе је била чињеница да су судови дозволили подношење тужбе због неправичног поступања на основу повреде фидуцијарних дужности према друштву,<sup>1075</sup> што је заправо представљало кључни разлог да институт *unfair prejudice* буде посматран као алтернатива деривативној тужби.

За разлику од праксе, теорија је указивала да нема основа да се деривативна тужба замени институтом *unfair prejudice*, јер није могуће оправдати решење да у случају повреде интереса друштва корист припадне директно члановима друштва, јер би се тиме нарушио принцип забране накнаде рефлексне штете.<sup>1076</sup> Поред наведеног, уколико би дошло до спајања ова два института, то би у одређеним околностима могло да резултира тиме да повреда интереса друштва остане без адекватне санкције, јер у случају повреде посебних дужности према друштву, тужилац би, осим радње повреде, морао да доказује и да изостанак подношења тужбе представља вид неправичног поступања, што би био веома строг услов за подношење тужбе.<sup>1077</sup> Комисија која је припремала закон из 2006. године такође је била мишљења да нема основа за спајање ова два института и да је обе тужбе потребно задржати у новом закону.<sup>1078</sup> У том погледу, комисија је прихватила аргумент теорије да институт *unfair prejudice* и деривативна тужба представљају два потпуно одвојена института, јер први служи заштити интереса друштва, док други институт заштити интереса чланова.<sup>1079</sup> Такође, радња повреде дужности према друштву се не може поистоветити са радњом неправичног поступања, из ког разлога би тужилац основ тужбе који је довољан за подношење деривативне тужбе, морао

---

<sup>1073</sup> *Ibid.*, 278.

<sup>1074</sup> *Ibid.*, 279.

<sup>1075</sup> *Ibid.*, 283.

<sup>1076</sup> *Ibid.*, 284.

<sup>1077</sup> *Ibid.*, 282.

<sup>1078</sup> *Ibid.*

<sup>1079</sup> *Ibid.*, 285.

непотребно да оптерети додатним наводима како би доказао постојање радње неправичног поступања. Све наведено би довело од значајног компликовања поступка по тужби, а што би у крајњем исходу захтевало додатне ресурсе, како новчане, тако и временске. На крају, комисија је истакла да потреба заштите осталих носилаца интереса у друштву, а пре свега повериоца, такође захтева да у случају повреде интереса друштва, накнада припада друштву, а не члановима друштва.<sup>1080</sup>

Имајући у виду све наведено може се закључити да је институт *unfair prejudice* по својој природи сроднији индивидуалној тужби, јер служи заштити личних интереса чланова друштва, за разлику од деривативне тужбе која треба ипак примарно да служи заштити интереса друштва. Поред наведеног, на основу аргументације која се истиче против приоритета института *unfair prejudice* закључује се да разлози за подношење деривативне тужбе и тужбе због неправичног поступања квалитативно разликују, из ког разлога је неопходно задржати обе тужбе, јер у супротном увек постоји могућност да одређена повреда не спада у домен примене неке од наведених врста тужби и да самим тим остане без санкције.

#### 4.2. Српско право

Српско право такође прописује механизам заштите легитимних интереса чланова друштва, како код друштава лица, тако и код друштава капитала.

У односу на друштва лица реч је о тужби из чл. 118 ЗПД којим је прописано да по тужби неког од ортака надлежни суд доноси пресуду којом одређује престанак друштва када за то постоји оправдан разлог, а која се сходно примењује и на комплементарне код командитног друштва.<sup>1081</sup> Оправдан разлог у смислу чл. 118 ЗПД постоји ако ортаци не могу да воде послове друштва због међусобног неслагања или ако из других разлога није могуће да друштво настави пословање у складу са овим законом, односно уговором о оснивању.

У односу на друштва капитала, реч је о тужби за престанак друштва по одлуци суда из чл. 469 ЗПД којим је прописано да по тужби акционара<sup>1082</sup> који поседују акције које представљају најмање 20% основног капитала друштва

---

<sup>1080</sup> *Ibid.*

<sup>1081</sup> ЗПД, чл. 138.

<sup>1082</sup> Ова тужба се сходно примењује и на друштво са ограниченом одговорношћу. Вид. ЗПД, чл. 239.

надлежни суд може одредити престанак друштва или друге мере ако: 1) одбор директора, односно извршни и надзорни одбор ако је управљање друштвом дводомно, не могу да воде послове друштва, било због међусобног неслагања или из других разлога, а скупштина не може да прекине блокаду, што за последицу има да се послови друштва не могу више водити у интересу акционара; 2) су акционари блокирани у одлучивању на скупштини на најмање две узастопне седнице скупштине, што за последицу има да се послови друштва не могу више водити у интересу друштва; 3) директори, односно чланови надзорног одбора ако је управљање друштвом дводомно, делују противзаконито, непоштено или преварно, а противно интересима акционара који подносе тужбу; 4) се имовина друштва расипа и умањује. У поступку по тужби суд може, ако су разлози за подношење тужбе отклоњиви, оставити друштву рок од највише шест месеци за отклањање неправилности.<sup>1083</sup> Ако друштво у остављеном року не отклони неправилности, суд ће пресудом одредити престанак друштва или једну или више од следећих мера: 1) разрешење директора или члана надзорног одбора ако је управљање друштвом дводомно; 2) увођење принудне управе у друштво до именовања нових директора, односно чланова надзорног одбора ако је управљање друштвом дводомно; 3) спровођење ванредне ревизије финансијских извештаја друштва; 4) доношење одлуке о расподели добити или о исплати учешћа у добити, односно дивиденде; 5) откуп акција које поседују акционари који су поднели тужбу од стране друштва по тржишној вредности у смислу овог закона.<sup>1084</sup> Пресудом суд може одредити и накнаду штете од стране друштва акционарима који су поднели тужбу.<sup>1085</sup>

На основу садржине тужби за престанак друштва на захтев чланова (чл. 118 и 469 ЗПД) проистиче да српско право прихвата амерички модел заштите оправданих интереса чланова друштва, с обзиром на околност да се тужбом на првом месту захтева принудна ликвидација друштва. Када је реч о тужби за престанак ортачког или командитног друштва јасно је да она не може бити посматрана у међусобном односу са деривативном тужбом, јер је примена деривативне тужбе искључена у односу на друштва лица, али исти закључак се односи и на тужбу за престанак друштва капитала, у овом случају акционарског друштва на захтев члана који

---

<sup>1083</sup> ЗПД, чл. 469 ст. 2.

<sup>1084</sup> ЗПД, чл. 469 ст. 3.

<sup>1085</sup> ЗПД, чл. 469 ст. 4.

поседује акције које чине 20% основног капитала друштва.

Тужбом за престанак акционарског друштва по одлуци суда могу се штитити лични интереси појединих акционара који подносе тужбу, а не само интереси друштва.<sup>1086</sup> Поред наведеног, потребно је имати у виду да ЗПД прописује различите правне последице које се могу захтевати у виду деривативне тужбе и тужбе за престанак друштва на захтев акционара, осим када је реч о накнади штете која се може захтевати у форми обе тужбе. Отуда, чак и уколико би на основу идентичних радњи постојао основ за подношење обе тужбе, акционари би се определили за једну врсту тужбе у зависности од тога шта желе да постигну. Уколико акционари на првом месту желе да заштите интересе друштва, онда ће се определити за деривативну тужбу, јер мере које се могу изрећи у поступку по тужби за престанак друштва, иако могу спречити ликвидацију друштва, исто тако могу имати негативне ефекте по друштво које суд није у могућности да предвиди. Са друге стране, уколико акционари желе да заштите своје личне интересе онда тужба за престанак друштва омогућава шири спектар захтева који се могу истаћи у тужби. Такође, контекст у коме настаје потреба за подношењем ових тужби се разликује, јер подношење деривативне тужбе има смисла само када функционисање друштва није у великој мери нарушено, већ је неопходно санкционисати појединачно понашање. Уколико друштво не може да функционише, онда подношење деривативне тужбе не би било од помоћи, већ једино тужба за престанак друштва. Посебно када је реч о накнади штете која се такође може захтевати тужбом за престанак друштва, имајући у виду да је у овом случају реч о штети која је проузрокована тужиоцу, у том делу деривативна тужба и тужба за престанак друштва не могу представљати алтернативна правна средства, јер тужбом за престанак друштва није могуће захтевати штету која је проузрокована друштву, већ напротив акционар захтев за накнаду штете истиче према друштву. На крају, за подношење тужбе за престанак друштва је потребан значајно већи капитал цензус у односу на деривативну тужбу, из ког разлога одређеном броју акционара може бити доступна деривативна тужба,

---

<sup>1086</sup> Имајући у виду наведено, тужба из чл. 469 ЗПД заједно са индивидуалном тужбом, ствара дилему око питања да ли у српском праву посебне дужности постоје само према друштву, или и према члановима друштва. Наиме, без обзира на чињеницу да ЗПД јасно прописује да посебне дужности постоје само према друштву, постојање индивидуалне тужбе и тужбе из чл. 469 ЗПД указује да лица са посебним дужностима морају водити рачуна и о појединачним интересима чланова друштва, јер је закон појединачним члановима обезбедио значајне механизме заштите.



али не и тужба за престанак друштва по одлуци суда.

На основу наведеног се закључује да деривативна тужба и тужба за престанак друштва имају потпуно различиту сврху и самим тим не представљају супституте.

## 5. Акционарске тужбе у српском праву

На основу претходних излагања проистиче да српско право познаје основне форме тужби које улазе у корпус појма „акционарске тужбе“, а то су директна, деривативна тужба и тужба ради заштите легитимних интереса чланова друштва и за сада не познаје једино колективну тужбу. На почетку излагања је наведено да постоје две групе акционарских тужби. У прву групу спадају тужбе којима акционари исказују своју несагласност у односу на легитимну и закониту одлуку друштва. У другу групу спадају тужбе које акционари подnose ради отклањања последица незаконите или нелегитимне одлуке друштва, које због постајања контроле доносилаца одлуке над друштвом на други начин не би било могуће отклонити (међу које се убраја и недоношење одлуке која је потребна друштву). Полазећи од наведене поделе акционарских тужби, закључује да све три тужбе спадају у другу категорију акционарских тужби, при чему директна и деривативна тужба имају репресивно дејство, док је тужбу због повреде легитимних интереса акционара могуће поднети и уколико није настала конкретна последица, али постоје одређене индиције да се у будућности то може догодити, а што је потребно спречити. У другу групу акционарских тужби, спадају и тужба ради побијања одлука скупштине,<sup>1087</sup> тужба поводом располагања имовином велике вредности супротно одредбама ЗПД (тужба за поништај правног посла, односно радње располагања и накнаду штете),<sup>1088</sup> тужба која се подноси поводом заштите чланова друштва преносиоца у поступку статусне промене<sup>1089</sup> и заштита спољних акционара код уговора о контроли и управљању (која се остварује у ванпарничном поступку),<sup>1090</sup> које све такође имају репресиван карактер.

Осим наведених тужби, једини правни механизам који акционарима стоји на располагању у контексту утицаја на процес доношења одлука друштва су права

---

<sup>1087</sup> ЗПД, чл. 376.

<sup>1088</sup> ЗПД, чл. 472.

<sup>1089</sup> ЗПД, чл. 507, 508.

<sup>1090</sup> ЗПД, чл. 563.

акционара у вези сазивања и одржавања седнице скупштине друштва, али у овом случају крајња заштита се не остварује у парничном, већ ванпарничном поступку.<sup>1091</sup>

Имајући у виду претходно наведено, потребно је истаћи да у српском праву акционари не могу побијати појединачне одлуке управе друштва, а што је став и судске праксе. У једној пресуди која је недавно донета и која у овом тренутку још увек није правоснажна, првостепени суд је као образложење навео да ЗПД није предвидео могућност побијања одлука управе друштва „с обзиром да би то подразумевало неоправдан уплив у пословну политику друштва, већ предвиђа само могућност побијања одлука скупштине“.

Са друге стране, када је реч о првој групи акционарских тужби, ту на првом месту спадају тужбе несагласних акционара.<sup>1092</sup> Затим, посматрано у ширем контексту, у ову врсту правне заштите акционара може спадати и захтев за принудну куповину акција који се остварује у ванпарничном поступку, уколико је разлог за истицање захтева неслагање са начином пословања друштва.<sup>1093</sup>

На крају, може се закључити да српско право познаје већи број акционарских тужби које су усмерене ка заштити личних интереса акционара, у односу на тужбе које служе заштити интереса друштва, а међу које се убрајају само деривативна тужба, тужба због повреде правила о располагању имовином велике вредности, а у ширем смислу и тужба за побијање одлука скупштине друштва.

## 6. Закључак

Акционарске тужбе данас представљају веома значајну област компанијског права, јер се сматра да могу имати важну улогу у решавању сукоба различитих интереса унутар друштва. У том смислу поједини аутори говоре чак и о парничном моделу корпоративног управљања.<sup>1094</sup> Са друге стране, постоје и значајна оспоравања акционарских тужби, јер могу представљати сувише агресивно средство за решавање сукоба унутар друштва, с обзиром на то да не би требало очекивати да свака несугласица унутар друштва буде предмет судског поступка. Међутим, без

---

<sup>1091</sup> ЗПД, чл. 337-339.

<sup>1092</sup> ЗПД, чл. 476.

<sup>1093</sup> ЗПД, чл. 522.

<sup>1094</sup> I. Ramsay, B. Saunders, 2.

обзира на то да ли су акционарске тужбе ефикасно средство дисциплиновања управе друштва и већинског члана или не, акционарске тужбе представљају значајан сегмент компанијског права у сфери заштите чланова друштва, од кога се сигурно неће одустати. Од свих акционарских тужби које познаје модерно компанијско право деривативна тужба се несумњиво издваја, јер до сада право није формирало тужбу која може послужити истој сврси као и деривативна тужба. Са друге стране, када је реч о тужбама које се односи на личне интересе чланова друштва, како се могло видети у претходним излагањима, постоји неколико врста тужби, које су по свом појавном облику различите. На крају, потребно је указати да формирање концепта акционарских тужби за сврху треба да има и подизање свести стручне јавности о значају ових тужби. Јачање свести о постојању ове посебне групе тужби је неопходно, јер знање учесника у судским поступцима мора бити подобно за решавање овакве врсте спорова, које се у већини случајева не може задржати на језичком тумачењу закона, већ разумевању сврхе постојања одређених компанијско правних института, као и њихове економске основе.

## ГЛАВА XV

### ДЕРИВАТИВНА ТУЖБА И ПОСЕБНЕ ОКОЛНОСТИ

Под појмом посебних околности у овом поглављу подразумевају се статусна промена, промена правне форме и покретање поступка ликвидације привредног друштва. Имајући у виду да је реч о околностима које не представљају оквир редовног пословања и начина функционисања привредног друштва, потребно је размотрити на који начин наступање наведених околности утиче на право чланова друштва на подношење деривативне тужбе.

Поред наведеног, посебна тема коју је потребно анализирати јесте на који начин наступање неке од наведених околности утиче на већ покренут поступак по деривативној тужби. О овој теми, као и о односу деривативне тужбе и стечајног поступка, који такође спада у појам посебних околности, биће речи у оквиру процесно правне анализе деривативне тужбе.

#### 1. Деривативна тужба и статусне промене привредног друштва

Статусна промена је законом уређен поступак реорганизације привредног друштва након чијег спровођења целокупна или део имовине привредног друштва (друштво преносилац) прелази на друго привредно друштво (друштво стицалац), при чему чланови друштва преносиоца постају чланови друштва стицаоца.<sup>1095</sup> ЗПД уређује четири опште познате врсте статусних промена, а то су припајање, спајање, подела и издвајање.<sup>1096</sup>

Анализа односа статусних промена и деривативне тужбе углавном је била предмет интересовања америчке литературе, о чему је било речи у оквиру излагања о деривативној тужби код повезаних друштава,<sup>1097</sup> док изван контекста америчког права ова тема није била предмет значајнијег интересовања. Отуда излагања у овом делу рада имају за циљ да представе основне проблеме који постоје у међусобном односу деривативне тужбе и статусних промена, који је у одређеним сегментима

---

<sup>1095</sup> Мирјана Радовић, „Универзална сукцесија код статусних промена привредних друштава“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2018, 118. ЗПД, чл. 483.

<sup>1096</sup> ЗПД, чл. 485.

<sup>1097</sup> Вид. излагања у глави X, наслов 3.5.

веома сложен.

### 1.1. Утицај статусне промене на деривативну тужбу

Имајући у виду да ЗПД познаје више врста статусних промена, у циљу прегледности анализе, однос статусне промене и деривативне тужбе потребно је размотрити у односу на сваку статусну промену појединачно. На самом почетку излагања може се констатовати да однос деривативне тужбе и статусне промене у српском праву није у тој мери проблематичан, као што је то случај у америчком праву, јер српско право не поставља услов да тужилац код деривативне тужбе мора имати статус члана друштва, како у време настанка спорне радње, тако и у време подношења тужбе. У том погледу, у српском праву однос деривативне тужбе и статусне промене је потребно анализирати у контексту међусобног односа општих правила о правним последицама статусне промене и наступању дејстава универзалне сукцесије,<sup>1098</sup> са једне стране и услова за подношење деривативне тужбе, са друге стране.

Посебно значајна тема за област статусних промена је појам универзалне сукцесије, која наступа даном регистрације статусне промене.<sup>1099</sup> Универзална сукцесија се традиционално схватала као једна од правних последица статусне промене, међутим у новијој литератури се универзална сукцесија схвата као циљ статусне промене, при чему је преовлађујуће схватање да универзална сукцесија код статусне промене наступа на основу закона, а не уговора.<sup>1100</sup> У односу на деривативну тужбу посебно је значајна подела универзалне сукцесије која наступа код статусних промена на потпуну и делимичну универзалну сукцесију. Потпуна универзална сукцесија наступа код спајања и припајања, док парцијална универзална сукцесија наступа код поделе и издвајања.<sup>1101</sup> Основна разлика између потпуне и парцијалне универзалне сукцесије јесте околност да за разлику од потпуне сукцесије код које сва права и обавезе друштва преносиоца неминовно прелазе на друштво преносиоца, код парцијалне универзалне сукцесије само

---

<sup>1098</sup> О универзалној сукцесији код статусних промена више вид. М. Радовић (2018), 117-144.

<sup>1099</sup> ЗПД, чл. 505 ст. 1, тач. 1.

<sup>1100</sup> М. Радовић (2018), 125, 127-128.

<sup>1101</sup> *Ibid.*, 125-126

одређена права и обавезе друштва преносиоца прелазе на друштво стицаоца.<sup>1102</sup> Наиме, у случају издвајања, део права и обавеза остаје код друштва преносиоца, док код поделе, пренос права и обавеза се одвија у односу на два друштва стицаоца, те је у оба случаја потребно дефинисати која конкретно права и обавезе ће припасти одређеном друштву које настаје статусном променом.<sup>1103</sup> Имајући у виду наведено, сматра се да парцијалну универзалну сукцесију карактеришу начело аутономије воље и начело специјалности. Када је реч о деривативној тужби спорне околности настају по правилу када је реч о парцијалној универзалној сукцесији.

### *1.1.1. Припајање*

Припајање настаје када једно друштво у целости преноси имовину (права и обавезе) на друго друштво, услед чега престаје да постоји.<sup>1104</sup> Чланови друштва преносиоца након статусне промене постају чланови друштва стицаоца, или им чланство у друштву престаје уколико су прихватили да приме новчану накнаду уместо чланства у друштву стицаоцу.<sup>1105</sup>

У случају припајања основ за подношење деривативне тужбе пре спровођења статусне промене може постојати било код друштва преносиоца, било код друштва стицаоца. У оба случаја статусна промена може проузроковати последицу да потенцијално постоји већи круг тужилаца који могу поднети деривативну тужбу. Наиме, основ за подношење деривативне тужбе на страни друштва преносиоца, као део његове имовине, заједно са свом осталом имовином друштва прелази на друштво стицаоца. Отуда, након спровођења статусне промене деривативну тужбу ради остварења захтева друштва преносиоца је могуће поднети само за рачун друштва стицаоца, као универзалног правног следбеника изворног титулара права. У овом случају деривативну тужбу могу поднети сви чланови друштва стицаоца и то првобитни чланови, али и чланови који су стекли статус члана друштва стицаоца након статусне промене. Са друге стране, уколико је основ за подношење деривативне тужбе постојао код друштва стицаоца, не постоје значајније промене, осим да деривативну тужбу по правилу може поднети већи број чланова друштва.

---

<sup>1102</sup> *Ibid.*

<sup>1103</sup> *Ibid.*, 127-128.

<sup>1104</sup> ЗПД, чл. 486.

<sup>1105</sup> ЗПД, чл. 483 ст. 2.

Такође, у оба случаја, статусна промена се потенцијално може и негативно одразити на право на подношење тужбе, уколико статусна промена доведе до дисперзије власништва, те у крајњем исходу постоји мањи број чланова који поседују 5% удела у основном капиталу друштва.

### *1.1.2. Спајање*

Спајање је статусна промена код које се два или више друштава спајају оснивањем новог друштва и преношењем на то друштво целокупне имовине и обавеза, чиме друштва која се спајају престају да постоје без спровођења поступка ликвидације.<sup>1106</sup> У случају спајања чињенично стање које може постојати пре наступања статусне промене јесте да је код свих друштава која се спајају постојао основ за подношење деривативне тужбе. У том случају право на подношење деривативне тужбе свих друштава преносилаца, прелази на ново друштво које настаје као последица статусне промене и које је универзални сукцесор друштава преносилаца. По наведеном основу, право на подношење деривативне тужбе треба да имају сви чланови друштва стицаоца, без обзира да ли се тужба односи на чињенични основ друштва преносиоца чији су они били чланови или другог друштва које је учествовало у статусној промени и које је престало да постоји.

### *1.1.3. Подела*

Подела настаје када једно привредно друштво своју имовину и обавезе преноси на једно или више новооснованих или постојећих привредних друштава, након чега престаје да постоји без поступка ликвидације.<sup>1107</sup> У овом случају постоји само једно привредно друштво код којег је могао да постоји основ за подношење деривативне тужбе, а то је друштво које је престало поделом. Имајући у виду да постоји један титулар права који је престао да постоји и више (универзалних) правних следбеника поставља се питање на које друштво стицаоца је прешао основ за подношење деривативне тужбе. Одговор на постављено питање би требало да се налази у плану поделе, где може бити назначено на које друштво се преноси право

---

<sup>1106</sup> ЗПД, чл. 487.

<sup>1107</sup> ЗПД, чл. 488.

на подношење тужбе због, на пример, недозвољених плаћања члановима друштва или тужбе за накнаду штете против директора друштва. Уколико је правни следбеник ових права јасно наведен у документима о статусној промени, онда само чланови тог друштва стицаоца након спровођења статусне промене могу поднети деривативну тужбу поводом основа који је постојао код друштва преносиоца. Уколико ово питање није регулисано планом поделе, онда је у том случају потребно применити чл. 506 ст. 1 ЗПД којим је прописано да „имовина друштва преносиоца престалог поделом, која уговором о статусној промени, односно планом поделе није пренета ниједном друштву стицаоцу, нити се тумачењем тог уговора, односно плана може одредити којем друштву стицаоцу се та имовина има пренети, преноси се сваком од друштава стицалаца *сразмерно учешћу* имовине која је на њих пренета, умањеној за преузете обавезе, у укупној нето имовини друштва престалог поделом“.

Ипак примена чл. 506 ст. 1 ЗПД у овом случају може бити спорна јер није јасно да ли у овом случају закон прописује солидарност поверилаца (друштва стицалаца) или је реч о подељеним повериоцима. Са друге стране, ЗПД је у односу на нераспоређене обавезе, изричито прописао да је реч о солидарности дужника.<sup>1108</sup> Чини се да је теорија мишљења да је реч о солидарности поверилаца,<sup>1109</sup> а исти став би требало заузети и у пракси, у супротном би постојале значајне потешкоће у примени, како у односу на деривативну тужбу, тако и у односу на било коју тужбу коју је друштво преносилац могло поднети. Наиме, уколико се прихвати тумачење да је реч о солидарности поверилаца,<sup>1110</sup> тада би сваки члан било ког од друштава стицалаца који испуњава прописан капитал цензус могао поднети деривативну тужбу у односу на основ који је постојао код друштва преносиоца. Међутим, у овом случају друштво стицалац чији су чланови поднели деривативну тужбу не би имало право да задржи целокупан износ добијен у поступку (уколико је реч о новчаном тужбеном захтеву), већ би након окончања поступка и наплате досуђеног износа, одређени део износа морао исплатити другом друштву стицаоцу, јер је реч о солидарним повериоцима. Уколико не би било могуће утврдити који тачно износ би требало исплатити другом друштву стицаоцу, применом општих правила облигационог права друго друштво стицалац би имало право на исплату половину

---

<sup>1108</sup> ЗПД, чл. 506 ст. 2.

<sup>1109</sup> Вид. М. Радовић (2018), 140.

<sup>1110</sup> ЗОО, чл. 425-434.



наплаћеног износа.<sup>1111</sup>

Са друге стране, уколико би се чл. 506 ст. 1 ЗПД тумачио на начин да су друштва стицаоци подељени повериоци, тада би наступили озбиљни проблеми у односу на деривативну тужбу. Наиме, у овом случају није спорно да би сви чланови друштва стицаоца имали право на подношење деривативне тужбе, јер су друштва стицаоци универзални сукцесори друштва преносиоца, али тада тужиоци не би могли да поставе пун износ тужбеног захтева, већ само износ који сразмерно припада друштву стицаоцу чији су они чланови. У практичној примени то би подразумевало да би тужени могли бити изложени већем броју тужби, али чији износи у збиру достижу пун износ накнаде штете. У односу на новчане захтеве, изнето тумачење, иако компликовано, теоретски би могло бити реализовано. Са друге стране када су у питању неновчани захтеви, околности су знатно компликованије. Наиме, у овом случају тужбени захтев не може бити сразмерно постављен, па би било потребно прибећи тумачењу да деривативну тужбу морају поднети чланови свих друштва стицалаца, или да тужбу није могуће поднети, која решења не би имала логичко ни правно утемељење.

Имајући у виду наведено, а посебно чињеницу да се исте дилеме могу поставити у односу на било коју врсту тужбе, закључује се да је једино прихватљиво тумачење да чл. 506 ст. 1 ЗПД прописује солидарност поверилаца, иако из стила одредбе не делује да је то била интенција законодавца.

#### *1.1.4. Издајање*

Издајање настаје када привредно друштво део своје имовине преноси на новоосновано или постојеће привредно друштво, након чега наставља да постоји.<sup>1112</sup> Издајање је статусна промена која би требало да је мање спорна у односу на остале статусне промене. У овом случају основ за подношење деривативне тужбе може постојати само код друштва које врши поступак издајања. Имајући у виду да друштво наставља да постоји након спровођења статусне промене, основ за подношење деривативне тужбе, уколико другачије није предвиђено одлуком о издајању, остаје код друштва преносиоца, те самим тим право на подношење

---

<sup>1111</sup> ЗОО, чл. 434 ст. 2.

<sup>1112</sup> ЗПД, чл. 489.

деривативне тужбе имају чланови друштва преносиоца.

#### *1.1.5. Закључак*

На основу претходне анализе може се закључити да статусна промена значајно не утиче на право члана друштва на подношење деривативне тужбе, међутим то неће увек бити случај у следећим околностима.

Прво, члан друштва преносиоца уколико прихвати исплату уместо стицања удела/акција у друштву стицаоцу, не постаје члан друштва стицаоца, те самим тим лице које је пре наступања статусне промене имало овлашћење на подношење тужбе, исто овлашћење нема након наступања правних последица статусне промене.<sup>1113</sup> Друго, члан друштва преносиоца, који прихвати замену за удео/акције друштва стицаоца, након спровођења статусне промене може имати мањи проценат учешћа у основном капиталу друштва стицаоца, него што је имао у друштву преносиоцу. У овом случају може се догодити да члан друштва који је пре наступања статусне промене имао право на подношење деривативне тужбе, то право више нема, јер не испуњава услов постојања капитал цензуса, те се поставља питање да ли има потребе за посебном заштитом чланова друштва у наведеној ситуацији. Имајући у виду да до промене процента учешћа у основном капиталу може доћи и у току редовног пословања друштва, те да статусна промена супстанцијално не угрожава право чланова друштва на подношење деривативне тужбе, у овом случају нема потребе за посебном заштитом чланова друштва. Наиме, право на подношење деривативне тужбе није лично право чланова друштва, те је у контексту опште заштите чланова од значаја само чињеница да и након статусне промене постоје чланови друштва који имају правни и економски интерес за подношење деривативне тужбе. Додатно, члан друштва је гласањем за статусну промену изразио своју сагласност са изменом процента капитал учешћа, док члановима друштва који са тиме нису сагласни стоје на располагању права несагласних акционара.<sup>1114</sup> Посебно када је реч о спајању и припајању потребно је имати у виду да иако члан друштва након спровођења статусне промене може имати мањи проценат у основном капиталу друштва, тај умањени проценат након спровођења статусне промене има

---

<sup>1113</sup> ЗПД, чл. 483 ст. 2.

<sup>1114</sup> ЗПД, чл. 474 ст. 1 тач. 2.

већу вредност, у односу на период пре тога, јер се односи на имовинску целину која је формирана од два или више друштава.

Поред наведеног, уколико се статусна промена спроводи између друштва лица и друштва капитала,<sup>1115</sup> то такође може утицати на постојање права на подношење деривативне тужбе које је постајало пре статусне промене, на начин на који ће бити објашњен у наредном излагању.

На крају, у пракси је могуће да је статусна промена наступила након подношења претходног захтева друштву, при чему још увек није истекао законом прописан рок за одговор друштва. У овој ситуацији се поставља питање да ли захтев који је поднет пре наступања статусне промене има правно дејство или чланови морају поднети нов захтев. Уколико је након наступања правних последица статусне промене дошло до промене титулара права које се тужбом штити (што ће често бити случај, осим код статусне промене издвајања), требало би прихватити тумачење да чланови друштва имају обавезу да поднесу нови захтев друштву стицаоцу. У супротном не би постајао субјективни идентитет између претходног захтева и деривативне тужбе. Међутим, у овом случају може бити спорно на који начин статусна промена делује на рок за подношење тужбе. Уколико би се прихватило тумачење да је неопходно подношење новог захтева, тада би требало формирати правну фикцију да претходни захтев није ни поднет, те да се рокови за подношење деривативне тужбе рачунају према датуму подношења новог претходног захтева. Такође, потребно је указати да се, у вероватно ретким ситуацијама, може догодити да орган друштва стицаоца који одлучује о претходном захтеву има идентично, или у већини исто, чланство као орган друштва преносиоца коме је већ поднет захтев, када једино не би требало захтевати да чланови друштва поново поднесу претходни захтев истим лицима, под условом да чланови друштва који су поднели претходни захтев и даље испуњавају прописани капитал цензус за подношење тужбе.<sup>1116</sup>

## **2. Деривативна тужба и промена правне форме привредног друштва**

Промена правне форме привредног друштва на сличан начин као и статусна промена може утицати на право на подношење деривативне тужбе или већ покренут

---

<sup>1115</sup> ЗПД, чл. 484 ст. 1.

<sup>1116</sup> Ово решење је прихваћено у америчком праву у односу на вишеструку деривативну тужбу. Вид. С. Harvey, 1218.

поступак по деривативној тужби.

Под појмом промена правне форме подразумева се прелазак друштва из једне правне форме у другу правну форму прописану ЗПД, при чему промена нема утицаја на правни субјективитет друштва.<sup>1117</sup> ЗПД дозвољава да друштва лица прелазе у форму друштва капитала и обрнуто,<sup>1118</sup> међутим у пракси је промена правне форме најчешћа на релацији друштава капитала.

## 2.1. Утицај промене правне форме на деривативну тужбу

За разлику од статусне промене, промена правне форме, по правилу, треба да има мањи утицај на деривативну тужбу, с обзиром на чињеницу да не утиче на правни субјективитет привредног друштва, те је и даље реч о истом друштву. У том погледу, код промене правне форме не постоје проблеми који се односе на престанак привредног друштва за чији рачун тужба може бити поднета или је поступак већ покренут.

Међутим, утицај промене правне форме друштва на деривативну тужбу значајно се разликује када промена правне форме наступа на релацији исте природе друштва (друштва лица или капитала), у односу на ситуацију када долази до унакрсне промене правне форме друштва.

Када је реч о промени правне форме на релацији друштава капитала, промена правне форме не би требало да утиче на постојање права на подношење деривативне тужбе, јер осим што је реч о истом правном субјекту, промена правне форме не би требало да доведе до измене процента учешћа чланова у основном капиталу друштва. Наиме, у пракси када се спроводи промена правне форме на релацији друштава капитала, конверзија акција у уделе, или обрнуто, увек се спроводи сразмерно, тако да члан друштва који је имао 5% удела, након спровођења промене правне форме има 5% акција. Одступања могу постојати само уколико основни капитал друштва није могуће поделити на потпуно сразмерне делове. На овај начин се поступа јер би у супротном било повређено начело једнакости акционара<sup>1119</sup> и правило о сразмерном стицању удела.<sup>1120</sup> Наравно, уколико постоји сагласност

---

<sup>1117</sup> ЗПД, чл. 478 ст. 1, 2.

<sup>1118</sup> М. Васиљевић (2013а), 492-493.

<sup>1119</sup> ЗПД, чл. 269.

<sup>1120</sup> ЗПД, чл. 151.

чланова друштва, или барем члана на чију штету би се могло одступити од наведеног правила, могуће је да промена правне форме доведе до измене процента учешћа појединог члана у основном капиталу друштва. У том погледу, на исти начин као и код статусне промене може се догодити да чланови друштва који су имали 5% удела у друштву, након спровођења промене правне форме имају мањи проценат акција у акционарском друштву или обрнуто. Имајући у виду да ЗПД прописује да члан друштва мора имати прописан капитал цензус у тренутку подношења тужбе, право на подношење деривативне тужбе могу имати само чланови друштва који испуњавају услове за подношење тужбе након наступања правних последица статусне промене. У овом случају посебно би требало водити рачуна о чињеници да ли је промена правне форме наступила у периоду док чланови друштва чекају одговор о претходном захтеву, а промена правне форме је довела до тога да подносиоци претходног захтева више немају захтевани капитал цензус. Уколико се догоди описана ситуација претходни захтев би, тренутком наступања правних последица промене правне форме,<sup>1121</sup> изгубио правно дејство, јер чланови друштва који су поднели захтев, не би могли на основу тог захтева да поднесу деривативну тужбу, јер више не испуњавају прописани капитал цензус. У том погледу, након наступања правних последица промене правне форме било би неопходно поднети нови претходни захтев, чак и када се захтев у оба случаја подноси истим лицима.

Уколико промена правне форме наступа на релацији друштава лица, ова околност није од утицаја на деривативну тужбу, јер се деривативна тужба не примењује код друштава лица. Из истог разлога, промена правне форме из друштва лица у друштво капитала, није од значаја за деривативну тужбу.

Са друге стране, уколико промена правне форме наступа на релацији друштво капитала – друштво лица, околности су значајно компликованије. Наиме, с обзиром на чињеницу да се деривативна тужба не примењује на друштва лица, промена правне форме из друштва капитала у друштво лица доводи до престанка права на подношење деривативне тужбе, јер деривативну тужбу није могуће поднети за рачун друштва лица. Неспорно, основ за подношење деривативне тужбе променом правне форме не може престати, те може бити истакнут у форми директне

---

<sup>1121</sup> Правне последице промене правне форме наступају тренутком регистрације. Вид. ЗПД, чл. 482 ст. 3.

тужбе, али је престала могућност подношења деривативне тужбе. Имајући у виду наведено, није искључено да би у овом случају промена правне форме могла бити спроведена са намером избегавања подношења деривативне тужбе (посебно док основ за подношење тужбе није откривен свим члановима), те би ову ситуацију требало посебно регулисати. Истовремено, претходно наведено представља још један разлог да се примена деривативне тужбе дозволи и код друштава лица. У случају када би деривативна тужба била дозвољена и код друштава лица, тада би промена правне форме могла да утиче само на постојање услова за подношење деривативне тужбе (као што је то тренутно случај са променом правне форме на релацији друштва капитала), али не и на само право на подношење тужбе.

### 3. Деривативна тужба и ликвидација

Ликвидација<sup>1122</sup> представља правни основ престанка солвентног привредног друштва.<sup>1123</sup>

Када је реч о међусобном односу ликвидације и деривативне тужбе, англосаксонска теорија, али и судска пракса углавном стоје на становишту да деривативна тужба није дозвољена након покретања поступка ликвидације.<sup>1124</sup> Основни разлог који се наводи против деривативне тужбе у ликвидацији јесте околност да тада долази до именовања ликвидационог управника који може непристрасно да оцени да ли је покретање поступка у интересу друштва. У том погледу Апелациони суд Сингапура је у познатом случају *Petroships Investment Pte Ltd v Wealthplus Pte Ltd* из 2016. године навео да се деривативна тужба не примењује на друштва у ликвидацији, јер након отпочињања поступка ликвидације сва овлашћења директора друштва прелазе на ликвидационог управника. Према схватању суда, деривативна тужба постоји како би се спречило да тужени својим положајем у друштву онемогући покретање поступка, а како у ликвидацији сва овлашћења за заступање друштва прелазе на ликвидационог управника, закључује

---

<sup>1122</sup> Под појмом ликвидација у овом раду подразумева се добровољна ликвидација у смислу чл. 524 ЗПД.

<sup>1123</sup> Потребно је разликовати правни основ од начина престанка привредног друштва. Привредно друштво може престати да постоји као правни субјект само на један начин, а то је брисањем из Агенције за привредне регистре. Са друге стране правни основ за доношење решења о брисању привредног друштва из регистра може бити ликвидација, статусна промена или закључење стечајног поступка. Вид. ЗПД, чл. 117, 138, 238 и 468.

<sup>1124</sup> A. Reisberg (2007), 102.

се да нема потребе за применом деривативне тужбе када друштво уђе у поступак ликвидације. Такође, суд је мишљења да је деривативна тужба у ликвидацији непотребна, јер чланови друштва располажу средствима којима могу утицати на рад ликвидационог управника, а која су применљива и на ситуацију када ликвидациони управник неосновано не поднесе тужбу против бивших директора. Исто решење су прихватили и британски судови.<sup>1125</sup>

### 3.1. Утицај покретања ликвидације на деривативну тужбу

Када је у питању однос поступка ликвидације и деривативне тужбе у српском праву,<sup>1126</sup> околности су другачије у односу на англосаксонско право.

Наиме, потребно је имати у виду да сходно ЗПД ликвидациони управник спада у круг лица која имају посебне дужности према друштву и да се све посебне дужности према друштву, осим дужности забране конкуренције, односе и на ликвидационог управника.<sup>1127</sup> Имајући у виду наведено, примена посебних дужности према друштву, које се односе на ликвидационог управника, не би била потпуна без могућности примене тужби које ЗПД прописује у случају кршења посебних дужности према друштву, јер би тада кршење дужности од стране ликвидационог управника фактички остало без санкције.

Поред наведеног, могуће је да потреба за подношењем деривативне тужбе постоји и у односу на радње које су постојале пре покретања поступка ликвидације, а не само у односу на рад ликвидационог управника.

У оба случаја на основу одредби ЗПД проистиче да у српском праву не би било основано тумачење да деривативна тужба није дозвољена након покретања поступка ликвидације.

Наиме, када је реч о санкционисању повреде посебних дужности ликвидационог управника према друштву, деривативна тужба је заправо једина тужба која може бити поднета против ликвидационог управника, а ради накнаде штете или остваривања другог имовинско правног захтева друштва,<sup>1128</sup> посебно у

---

<sup>1125</sup> *Ibid.*

<sup>1126</sup> Поступак добровољне ликвидације је уређен у ЗПД, чл. 524-545.

<sup>1127</sup> ЗПД чл. 61 ст. 1 тач. 5, 63, 65, 69, 72 и 75.

<sup>1128</sup> ЗПД не прописује одговорност ликвидационог управника за штету коју проузрокује друштву, мимо одредби о посебним дужностима. Са друге стране ЗПД у одредбама којима се уређује поступак

околностима када друштво има само једног ликвидационог управника,<sup>1129</sup> јер је тада очигледно да поступак неће бити покренут. Није спорно да чланови друштва имају могућност да разреше ликвидационог управника и именују друго лице на ту функцију,<sup>1130</sup> које би након тога могло поднети директну тужбу против претходног ликвидационог управника. Међутим, исту ту могућност чланови друштва имају и у односу на директоре друштва, а која околност не представља основ за ускраћивање права на подношење деривативне тужбе, јер није прихватљиво да чланови друштва у ликвидацији могу само да се ослоне на спремност новог ликвидационог управника да поднесе тужбу.

У случају деривативне тужбе која се подноси против ликвидационог управника једино питање које би било потребно другачије регулисати јесте обавеза подношења претходног захтева. Наиме, уколико друштво има само једног ликвидационог управника онда подношење претходног захтева нема сврху, јер је неспорно да поступак неће бити покренут. Уколико друштво има више ликвидационих управника, онда има основа да се задржи обавезно подношење претходног захтева, осим уколико се тужба не подноси против свих ликвидационих управника, у ком случају претходни захтев такође нема било какву сврху. Све претходно наведено односи се на случај када би у редовним околностима претходни захтев требало поднети управи друштва.

Са друге стране, када је реч о деривативној тужби која се подноси против бивших директора друштва или чланова друштва, такође не постоји основ да се члановима друштва ускрати право на подношење деривативне тужбе, након покретања поступка ликвидације, јер поступак ликвидације не доводи до значајног ограничења чланских права (као што је на пример случај када дође до отварања стечајног поступка).<sup>1131</sup> Наиме, чланови друштва током поступка ликвидације имају значајне надлежности, те као што је наведено имају овлашћење да разреше и именују ликвидационог управника, затим усвајају почетни ликвидациони извештај и

---

ликвидације прописује непосредну одговорност ликвидационог управника за штету коју проузрокује повериоцима и члановима друштва. ЗПД, чл. 544.

<sup>1129</sup> ЗПД у чл. 529 прописује да друштво може имати једног или више ликвидационих управника.

<sup>1130</sup> ЗПД, чл. 530.

<sup>1131</sup> Вук Радовић, *Стечајно право – књига прва, увод у стечајно право, основни појмови стечајног права, стечајни поступак, правне последице отварања стечајног поступка*, Правни факултет Универзитета у Београду 2017, 125-127.



ликвидациони биланс,<sup>1132</sup> извештај о спроведеној ликвидацији,<sup>1133</sup> завршни ликвидациони извештај<sup>1134</sup> и одређују накнаду ликвидационом управнику.<sup>1135</sup> У српском праву покретање поступка ликвидације доводи до преузимања надлежности управе од стране ликвидационог управника, док ликвидациони управник не преузима надлежности скупштине друштва. У прилог наведеном говори и одредба чл. 529 ст. 2 ЗПД којом је прописано да именовањем ликвидационог управника свим заступницима друштва престају права заступања друштва. Дакле, закон не говори о престанку овлашћења чланова друштва. По истим основу уколико је претходни захтев потребно поднети скупштини друштва, у ликвидацији скупштина би задржала ову надлежност за одлучивање.

Имајући у виду да покретање поступка ликвидације нема за последицу потпуно укидање овлашћења чланова друштва, није основано тумачење да би у српском праву покретање поступка ликвидације требало да доведе до престанка права на подношење деривативне тужбе. Такође, када је реч о спорним радњама које су предузете пре покретања поступка ликвидације, потребно је напоменути да се у пракси догађа да ликвидациони управник буде исто лице које је до тада обављало функцију законског заступника друштва.<sup>1136</sup> У случају када би покретање поступка ликвидације довело до престанка права на подношење деривативне тужбе, у овој ситуацији би чланови друштва били онемогућени да поднесу тужбу која би се односила на радње предузете пре покретања поступка ликвидације, а што би за ефекат имало ослобођење тог лица од одговорности.

Дакле, на основу свега наведеног се може закључити да право на подношење деривативне тужбе не би требало да престане покретањем поступка ликвидације. Основни разлог за изнето тумачење јесте чињеница да покретање поступка ликвидације не доводи до престанка надлежности чланова друштва да одлучују о значајним питањима за друштво. Ипак, не може се оспорити чињеница да када су у питању радње које представљају основ за подношење тужбе, а које су настале пре покретања поступка ликвидације, уласком друштва у поступак ликвидације постојаће мања потреба за подношењем деривативне тужбе, јер је већа вероватноћа

---

<sup>1132</sup> ЗПД, чл. 536 ст. 2.

<sup>1133</sup> ЗПД, чл. 540 ст. 3.

<sup>1134</sup> ЗПД, чл. 540 ст. 3.

<sup>1135</sup> ЗПД, чл. 542.

<sup>1136</sup> ЗПД, чл. 529 ст. 3.

да ће ликвидациони управник бити вољан да покрене поступак у име друштва, уколико оцени да за то има основа. Међутим, смањена потреба за подношење тужбе није основ за њено укидање. Такође, овај закључак није применљив у околностима када некадашњи заступници друштва врше функцију ликвидационог управника, или када је деривативну тужбу потребно поднети због повреде посебних дужности од стране ликвидационог управника, у ком случају је потреба за постојањем права на подношење деривативне тужбе неспорна.

Такође, потребно је поменути да чланови друштва могу имати више интереса за подношење деривативне тужбе у случају када је друштво у ликвидацији, него што је то случај са редовним пословањем друштва. Наиме, имајући у виду да друштво није странка у поступку по деривативној тужби, вођење поступка не би утицало на процес спровођења ликвидације,<sup>1137</sup> те поступак може бити настављен и по окончању ликвидације и брисању друштва из регистра. У случају успеха у спору, корист остварена у поступку по деривативној тужби би могла представљати *de facto* новопронађену имовину друштва, у односу на коју би чланови друштва имали право да у ванпарничном поступку захтевају именовање ликвидационог управника, а затим и доношења одлуке о расподели те имовине као додатног ликвидационог остатака.<sup>1138</sup> Међутим, по овом питању деривативна тужба се ипак разликује од осталих имовинских права друштва, која могу бити *de facto* новопронађена имовина. Наиме, имајући у виду да друштво након спроведеног поступка ликвидације

---

<sup>1137</sup> ЗПД, чл. 540 ст. 4.

<sup>1138</sup> Вид. ЗПД, чл. 541, 543. Вид. „Како се добровољна ликвидација привредних субјеката, сагласно одредбама Закона о привредним друштвима, не спроводи у судском поступку, то у случају престанка друштва ликвидацијом нема места прелазу потраживања са ликвидираниог друштва на његове осниваче, у смислу члана 48. став 1. Закона о извршењу и обезбеђењу, јер у вансудској ликвидацији не постоји одлука која има својство јавне исправе, којом би потраживање ликвидираниог друштва било пренето на његове осниваче.“ Одговори на питања привредних судова који су утврђени на седници Одељења за привредне спорове Привредног апелационог суда одржаној дана 7.11.2016. и 8.11.2016. године и на седници Одељења за привредне преступе одржаној дана 10.11.2016. године – Судска пракса привредних судова – Билтен бр. 4/2016. „У конкретном случају, сагласно одредби члана 541. став 1. цитираног закона, према којој се имовина друштва у ликвидацији, која преостане после измирења свих обавеза друштва (ликвидациони остатак) расподељује члановима друштва у складу са одлуком о расподели ликвидационог остатка друштва, заинтересовано лице може да тражи да надлежни суд у ванпарничном поступку одреди ликвидационог управника са овлашћењем за предузимање тих радњи, јер се *de facto* ради о накнадно пронађеној имовини.“ Одговори на питања привредних судова који су утврђени на седницама Одељења за привредне спорове Привредног апелационог суда одржаним дана 16.11., 17.11., 20.11. и 30.11.2017. и на седници Одељења за привредне преступе одржаној дана 17.11.2017. године.

престаје да постоји, јасно је након тог тренутка деривативна тужба којом се захтева испуњење обавезе према друштву више нема основа, јер предмет обавезе постаје немогућ. У наведеној ситуацији, требало би дозволити да чланови друштва као, условно речено, правни следбеници друштва имају право да поступак наставе у своје име и за свој рачун, као што се под одређеним условима, након спроведеног поступка ликвидације, могу наћи и на месту туженог за обавезе друштва. Међутим, за овакав исход вероватно је да нема основа у тренутно постојећем уређењу деривативне тужбе и поступка ликвидације, те би наведену правну ситуацију требало изричито регулисати законом.

На крају, када је реч о утицају покретања поступка ликвидације на већ започете поступке по деривативној тужби, долази до само једне промене, а то је уређење тужбе у погледу означавања друштва за чији рачун се подноси деривативна тужба, јер би у петитутму тужбеног захтева требало изменити ознаку друштва.

## ДЕО ДРУГИ

### ПОСТУПАК ПО ДЕРИВАТИВНОЈ ТУЖБИ

#### ГЛАВА I

##### ПОСТУПАК УНУТАР ДРУШТВА

Поступак по деривативној тужби се одвија у две фазе. Прва (претходна) фаза се одвија унутар друштва и започиње подношењем претходног захтева друштву из чл. 79 ст. 1 тач. 2 ЗПД. Друга фаза започиње подношењем деривативне тужбе суду и тек тада се може говорити о постојању поступка по деривативној тужби у правом смислу речи. Подношење претходног захтева друштву је обавезно код сваке деривативне тужбе, међутим да ли ће након тога бити започета друга фаза поступка зависи од одговора друштва на претходни захтев. У случају да се прва фаза поступка оконча усвајањем претходног захтева од стране друштва, односно подношењем директне тужбе, неће бити испуњени услови за подношење деривативне тужбе. У том смислу само претходни захтев који је одбијен од стране друштва или претходни захтев на који друштво није одговорило може довести до подношења деривативне тужбе и отпочињања судске (праве) фазе поступка по деривативној тужби. Међутим, чак и у ситуацији када је друштво поступило по претходном захтеву и поднело директну тужбу, чињеница да је директној тужби претходио захтев друштву из чл. 79 ст. 1 тач. 2 ЗПД може имати утицаја на ток поступка по директној тужби, јер члан друштва који је поднео претходни захтев може од суда захтевати да учествује у поступку по директној тужби у својству умешача на страни тужиоца (друштва),<sup>1139</sup> што иначе не би било могуће на основу општих правила о учешћу умешача у парничном поступку, о чему ће бити додатно речи у оквиру процесно правне анализе. У том погледу у српском праву претходни захтев има посебан значај, јер се дејство овог елемента поступка по деривативној тужби не исцрпљује само у контексту испуњења услова за подношење деривативне тужбе.

---

<sup>1139</sup> Вид. ЗПД, чл. 80 ст. 1.

## 1. Претходни захтев који се упућује друштву

Претходни захтев представља кључно обележје деривативне тужбе у америчком праву и када се каже да је деривативна тужба компликован или контроверзан институт,<sup>1140</sup> све контроверзе или проблеми у примени се углавном односе на претходни захтев, а ретко када на друге сегменте уређења деривативне тужбе. Претходни захтев у америчком праву, као и српском праву, формално правно представља један од услова за подношење тужбе, али је наведено одређење претходног захтева, барем када је реч о америчком праву, сувише поједностављено. Наиме, након нешто више од једног века примене у судској пракси, претходни захтев у америчком праву представља суштинско обележје деривативне тужбе, јер се кроз примену претходног захтева испољавало схватање судова о самој деривативној тужби.<sup>1141</sup>

Данас се без изузетка сматра да је претходни захтев настао у случају *Hawes v. Oakland* из 1881. године пред Врховним судом САД. У овом случају суд је навео да акционар пре него што поднесе тужбу којом штити права компаније мора доказати да је исцрпео све могућности које му стоје на располагању како би компанија поднела тужбу у своје име и за свој рачун, при чему напор акционара да издејствује подношење тужбе од стране компаније мора бити истински, а не само привидан. У том погледу, акционар најпре треба да се обрати управи компаније са захтевом да поднесе тужбу или другим захтевом који је усмерен на отклањање насталих последица, а уколико из неког разлога то није могуће, акционар треба да се обрати скупштини. Уколико захтев није поднет ниједном од наведених органа друштва, онда акционар мора да докаже из којих разлога је био спречен да се обрати друштву или је основано сматрао да то није било потребно.<sup>1142</sup>

Постоје два објашњења настанка претходног захтева у америчком праву. Прво објашњење, које се ређе среће, јесте да је претходни захтев одраз америчког схватања правила *Foss vs Harbottle*.<sup>1143</sup> Наиме, у излагањима о историјском развоју деривативне тужбе било је речи о томе да је сходно правилу *Foss vs Harbottle*

---

<sup>1140</sup> В. Савковић (2004), 41.

<sup>1141</sup> „Demand on Directors and Shareholders As a Prerequisite to a Derivative Suit“, 747.

<sup>1142</sup> Вид. Образложење одлуке *Hawes v. Oakland*, 104 U.S. 450 (1881) доступно на адреси: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/104/450/>.

<sup>1143</sup> „Demand on Directors and Shareholders As a Prerequisite to a Derivative Suit“, 746.

деривативну тужбу било могуће поднети само уколико је реч о питању које, између осталог, не може бити ратификовано од стране скупштине друштва и у односу на које скупштина (односно већина у друштву) нема надлежност за одлучивање. У том смислу, претходни захтев који је формиран у америчком праву може се разумети као израз америчког схватања правила већине и концепта ратификације који су формиран у случају *Foss vs Harbottle*. Друго објашњење јесте да је настанак претходног захтева последица схватања судова да деривативна тужба представља кумулацију два тужбена захтева. Први је лични захтев члана друштва да се компанија обавезе да поднесе тужбу против лица које јој је проузроковало штету, а други је захтев компаније у виду накнаде штете или друге имовинске санкције. Имајући у виду да је деривативну тужбу било могуће поднети и против лица изван компаније, судови су сматрали да се у овом случају акционар пре подношења тужбе мора обратити управи друштва са захтевом за подношење тужбе, као органу надлежном за подношење тужбе у име друштва.<sup>1144</sup> Временом, судови су претходно обраћање управи друштва захтевали и када је реч о тужбама против самих чланова управе, а не само против трећих лица. У том погледу, додатно оправдање постојања претходног захтева објашњава се тиме да суд најпре мора да утврди да ли је лични захтев члана друштва да се компанија обавезе на подношење тужбе основан, а да би се то утврдило мора се испитати да ли је управа друштва имала могућност да поднесе тужбу у име друштва.<sup>1145</sup>

Када је реч о сврси претходног захтева, у теорији постоји неколико различитих схватања. Традиционално схватање претходног захтева јесте да захтев служи остварењу две сврхе. Прва сврха је спречавање злоупотребе деривативне тужбе, јер претходни захтев онемогућава да акционари директно поднесу тужбу суду, а да пре тога друштво није имало могућност да се изјасни о спорном питању.<sup>1146</sup> Друга сврха јесте очување успостављене надлежности за доношење одлука у име друштва.<sup>1147</sup> Наиме, деривативна тужба може бити проблематична, јер путем ове тужбе чланови друштва фактички преузимају део надлежности за доношење одлука друштва, а да се о подношењу тужбе претходно није изјаснила управа друштва, нити већина чланова, који у редовним околностима доносе одлуке

---

<sup>1144</sup> O. Brandi, 373.

<sup>1145</sup> „Demand on Directors and Shareholders As a Prerequisite to a Derivative Suit“, 748.

<sup>1146</sup> *Ibid.*, 749; O. Brandi, 357-358, 372.

<sup>1147</sup> D. Fischel, 171; T. Kinney, 176.

у име друштва. Имајући у виду наведено, право разумевање претходног захтева као услова за подношење деривативне тужбе би требао да буде да претходни захтев првенствено служи очувању традиционалних принципа компанијског права, а који се односе на поступак доношења одлука у име друштва, а тек у другом реду како би се спречило неосновано подношење тужбе. Поред наведеног, постоје и додатна схватања о сврси претходног захтева, а која се у основи свODE на констатацију да претходни захтев може допринети мирном решењу спора, јер некада управа или скупштина друштва нису упознати са чињеницом да се акционари не слажу са одређеном одлуком друштва. Отуда, након што управа буде упозната са постојањем спора, може предузети адекватне мере како би се тај „спор“ решио. Исти закључак се односи и на скупштину друштва, па тако скупштина може разрешити чланове управе који су нанели штету друштву или предузети друге мере за које је надлежна. Такође, претходни захтев може имати и превентивни ефекат, јер се помоћу њега може за убудуће видети које одлуке или радње, по разумевању акционара, представљају кршење дужности према друштву.<sup>1148</sup> Поред наведеног, претходни захтев представља и механизам да суд на основу садржине изјашњења друштва на претходни захтев утврди да ли је тужба у интересу друштва.<sup>1149</sup> Све наведено у основи представља модерно схватање сврхе претходног захтева, сходно којем се претходни захтев схвата као механизам алтернативног решења спора (ADR), из ког разлога постоје мишљења да би подношење претходног захтева требало увек да буде обавезно, јер у случајевима када су чланови друштва ослобођени обавезе подношења претходног захтева, елиминише се ова значајна функција претходног захтева.<sup>1150</sup> Потреба за мирним решењем спора је, између осталог, такође израз и традиционалног уздржавања судова од мешања у унутрашње спорове компаније,<sup>1151</sup> што има утемељење и у разлозима економичности, јер оно по правилу мање кошта у односу на судско решавање сукоба насталог унутар компаније.

Међутим, иако начелно потпуно легитиман услов за подношење деривативне тужбе, претходни захтев је кроз примену у америчкој пракси доживео значајне

---

<sup>1148</sup> „Demand on Directors and Shareholders As a Prerequisite to a Derivative Suit“, 748-749; „Discovery in Federal Demand-Refused Derivative Litigation“, *Harvard Law Review* Vol. 105, No. 5 1992, 1035.

<sup>1149</sup> Tamar Frankel, Wayne M. Barsky, „The Power Struggle Between Shareholders and Directors: The Demand Requirement in Derivative Suits“, *Hofstra Law Review* Vol. 12, Iss. 1 1983, 45.

<sup>1150</sup> J. Barsalona, 781-784, 789.

<sup>1151</sup> Вид. D. Fischel, 171-172; Kenneth W. Kossoff, „Director independence and derivative suit settlements“, *Duke Law Journal* Vol. 32, No. 3 1983, 652-653.

суштинске промене које су у одређеној фази развоја деривативну тужбу чиниле сувише компликованим средством заштите чланова друштва. Теорија сматра да је због постојања претходног захтева број деривативних тужби значајно смањен, те се акционари увек када је то могуће одлучују за подношење колективне или индивидуалне тужбе.<sup>1152</sup> Наиме, претходни захтев као услов за подношење деривативне тужбе, у одређеним околностима, може у значајној мери утицати на могућност подношења деривативне тужбе и фактички у крајњем исходу спречити чланове друштва да поднесу тужбу против директора друштва.<sup>1153</sup> Посебно проблематично у свему томе јесте да подношење тужбе по правилу спречавају лица која могу бити тужени. Да ли ће претходни захтев у крајњем ефекту бити средство заштите интереса управе друштва зависи од два питања, а то су да ли је подношење претходног захтева обавезно и да ли негативна одлука о претходном захтеву може спречити подношење деривативне тужбе. Поред наведеног, можда и најзначајнији сегмент уређења претходног захтева јесте надлежност суда и критеријуми које суд примењује када процењује да ли је тужилац био обавезан да поднесе претходни захтев или да ли треба прихватити негативну одлуку друштва о претходном захтеву.<sup>1154</sup>

Сагледавајући функционисање претходног захтева у америчкој пракси деривативна тужба заиста делује као компликован механизам дисциплиновања управе друштва, јер чланови друштва најпре морају да докажу да мишљење управе о тужби није потребно или није исправно, а тек у другом реду треба да докажу постојање штетног понашања. Применом претходног захтева америчка судска пракса је фактички постигла да се одлука о подношењу деривативне тужбе посматра и анализира као самостална пословна одлука,<sup>1155</sup> због опште прихваћеног схватања да подношење тужбе неће увек бити у интересу друштва. У том погледу, на данашњем ступњу развоја деривативне тужбе, може се рећи да је *крајњи циљ и сврха претходног захтева утврђивање чињенице да ли је одлука друштва да не поднесе тужбу против директора или других лица у најбољем интересу друштва.*<sup>1156</sup>

Српско право такође прописује обавезу подношења претходног захтева

---

<sup>1152</sup> J. Barsalona, 775.

<sup>1153</sup> R. Vuxbaum, 1123.

<sup>1154</sup> T. Frankel, W. Barsky, 45.

<sup>1155</sup> Вид. *Ibid.*

<sup>1156</sup> *Ibid.*, 57.



друштву као услов за подношење деривативне тужбе, међутим на доста различит начин у односу на америчко право. У српском праву члан друштва је увек обавезан да поднесе претходни захтев, али уколико друштво не поступи по претходном захтеву, члан друштва стиче безусловно право на подношење тужбе. Основни, условно речено, недостатак уређења претходног захтева у српском праву јесте да не служи основној сврси због које претходни захтев данас постоји, а то је утврђивање да ли је деривативна тужба у интересу друштва. За разлику од америчког права, у српском праву претходни захтев је пука формалност, који нема суштински значај. Имајући у виду наведено потребно је преиспитати да ли је уређење претходног захтева у српском праву у складу са природом овог института и да ли у том смислу има простора за измену српског законодавства. У том циљу у наставку излагања биће дата анализа свих сегмената примене претходног захтева у америчком праву, а након чега је могуће оценити да ли има основа да се предложи измене уређења претходног захтева у српском праву.

### 1.1. Орган друштва којем се подноси захтев

Подношење претходног захтева друштву у практичној примени подразумева да је захтев потребно поднети органу друштва, скупштини или управи, с обзиром на то да правно релевантна воља друштва може бити изражена само у виду одлуке органа. Отуда је задатак законодавца и судске праксе да у сваком конкретном праву одреди ком органу друштва треба поднети претходни захтев. Уколико је законом дефинисано ком органу друштва се подноси претходни захтев, не постоје значајније дилеме по овом питању. Међутим, уколико то питање није решено на нивоу закона, по правилу ће бити спорно ком органу друштва је потребно поднети претходни захтев. У овом случају, судови имају задатак да применом општих правила компанијског права и принципа функционисања деривативне тужбе утврде ком органу друштва је потребно поднети претходни захтев, при чему надлежност органа друштва за одлучивање о претходном захтеву може бити кумулативна, елективна, искључива или супсидијарна. У првом случају, потенцијални тужилац би имао обавезу да захтев поднесе како управи, тако и скупштини друштва. У другом случају, потенцијални тужилац би имао право да бира ком органу друштва ће поднети претходни захтев. У трећем случају, могуће је прописати да одређени орган

друштва има искључиву надлежност за одлучивање о претходном захтеву, када би претходни захтев требало поднети само законом прописаном органу. У четвртом случају, закон дефинише ком органу друштва прво треба да се поднесе захтев, а тек уколико то није могуће из одређених разлога, захтев је потребно поднети другом органу друштва.

### 1.1.1. Право САД

Питање надлежности за одлучивање о претходном захтеву данас, али ни раније, није било решено на јединствен начин у свим америчким државама. Право државе Делавер и већине других држава (која се углавном ослањају на МВСА) захтевају подношење претходног захтева само управи друштва, али не и скупштини.<sup>1157</sup> У оба случаја одређење за надлежност управе друштва је формирано у судској пракси, јер закони држава и даље прописују могућност да претходни захтев, уколико се јави потреба, буде поднет скупштини друштва.<sup>1158</sup> Исту могућност прописују и Федерална правила о парничном поступку.<sup>1159</sup> По овом питању потребно је указати да закони углавном изричито не наводе скупштину као супсидијарно надлежан орган, већ прописују да је то орган који има упоредиву, односно сличну надлежност (посматрано у односу на управу), што је по схватању теорије неспорно скупштина друштва. Са друге стране, МВСА у тексту одредбе која регулише обавезу подношења претходног захтева не наводи ком органу друштва се захтев подноси, али се у тексту образложења одредбе помиње само управа друштва, што јасно указује да МВСА не прописује обавезу подношења претходног захтева скупштини друштва.<sup>1160</sup> Међутим, потребно је напоменути да постоји мањи број држава чија права захтевају да се претходни захтев поднесе и скупштини друштва.<sup>1161</sup> Основ за постојање надлежности скупштине за одлучивање о претходном захтеву формиран је још у случају *Hawes v. Oakland*, али је и тада суд указао да скупштина не би требало да има примарну надлежност за одлучивање о

---

<sup>1157</sup> R. Hamilton, 545.

<sup>1158</sup> Вид. Правило 23.1 Закона о парничном поступку државе Делавер.

<sup>1159</sup> Вид. Правило 23.1.

<sup>1160</sup> Вид. МВСА, § 7.42.

<sup>1161</sup> Вид. R. Hamilton, 545. С обзиром на то да аутор не наводи о којим државама је реч, остаје спорно да ли скупштина има искључиву или супсидијарну надлежност за одлучивање о претходном захтеву.

претходном захтеву, већ само уколико се у конкретном случају јави потреба за њеним одлучивањем. Исто правило прихватили су и закони појединих држава, као и Федерална правила о парничном поступку, али је у пракси било великих потешкоћа при тумачењу када постоји надлежност скупштине за одлучивање о претходном захтеву.<sup>1162</sup> Претпоставка је да је након случаја *Hawes v. Oakland* постојао већи број држава који је прописивао обавезу подношења претходног захтева скупштини друштва, који се временом смањивао, при чему су поједине државе изричито у закону искључиле могућност подношења претходног захтева скупштини друштва, као на пример право државе Њујорк, још 60-их година 20. века, док су друге државе надлежност скупштине по овом питању искључиле судском праксом.<sup>1163</sup> На исти начин су поступале и државе које су се одлучиле да задрже надлежност скупштине за одлучивање о претходном захтеву, те су постојале државе које су изричито прописивале обавезу подношења претходног захтева скупштини друштва и државе које су то чиниле на мање изричит начин.<sup>1164</sup> Средином 80-их година постојале су четири државе које су спадале у групу држава које су изричито прописивале обавезу подношења претходног захтева скупштини друштва и које су постављале најстроже услове по питању ослобођења од обавезе подношења претходног захтева скупштини, а то су Њу Џерзи, Алабама, Колорадо и Масачусетс.<sup>1165</sup> Међутим све ове државе по овом питању данас садрже идентично правило као и Федерална правила о парничном поступку и право државе Делавер, односно надлежност скупштине друштва за одлучивање о претходном захтеву требало би да постоји по потреби.

Иако није било спорно да су права одређеног броја америчких држава прописивала обавезу подношења претходног захтева скупштини друштва, у доступној литератури нема података на који начин је америчко право уредило међусобан однос надлежности управе и скупштине друштва да одлучује о претходном захтеву. Другим речима, спорно је да ли је надлежност скупштине друштва онда када постоји искључива (и у којим случајевима), или супсидијарна у односу на надлежност управе друштва. Садржина образложења одлуке *Hawes v.*

---

<sup>1162</sup> D. DeMott, 463-465.

<sup>1163</sup> Daniel J. Dykstra, „The Revival of the Derivative Suit“, *University of Pennsylvania Law Review* Vol. 116, No. 1 1967, 99; D. DeMott, 474.

<sup>1164</sup> D. DeMott, 475.

<sup>1165</sup> *Ibid.*, 476.

*Oakland*, али и већине данашњих правила о парничном поступку указују да је вероватно реч о супсидијарној надлежности, која се успоставља када одбор не може или не жели да одлучи о претходном захтеву.

Потребно је указати да без обзира да ли је реч о надлежности скупштине друштва или управе за одлучивање о претходном захтеву, у оба случаја увек су постојали противници и поборници надлежности одређеног органа, из ког разлога су амерички судови формирали теорије у циљу оправдања надлежности скупштине или управе друштва за одлучивање о претходном захтеву. Све теорије којима је оправдавана надлежност за одлучивање о претходном захтеву заснивале су се на основним принципима компанијског права и разлозима практичности.

Када је реч о скупштини друштва постојале су две теорије којима је оправдавана надлежност скупштине друштва за одлучивање о претходном захтеву, то су теорија ратификације и теорија пословне одлуке.<sup>1166</sup> Сходно теорији ратификације, надлежност скупштине за одлучивање о претходном захтеву није увек постојала, већ само када деривативна тужба за предмет има питање које мора бити одобрено од стране скупштине друштва.<sup>1167</sup> Сходно теорији пословне одлуке, надлежност скупштине за одлучивање о претходном захтеву увек постоји, чак и у околностима када је реч о питању које скупштина не мора да одобри, али под условом да је већина чланова друштва независна у односу на предмет спора.<sup>1168</sup> Теорија пословне одлуке се заснивала на схватању да чланови друштва с обзиром на то да имају надлежност да одлучују о пословној политици друштва, требало би да се изјасне и о потреби подношења деривативне тужбе.<sup>1169</sup> Аргументација судова није била прихваћена у правној теорији, која је сматрала да ниједно од понуђених оправдавања надлежности скупштине друштва за одлучивање о претходном захтеву није прихватљиво. У односу на теорију ратификације постојао је проблем у практичној реализацији, јер су чланови друштва углавном тврдили да је реч о питању које не мора бити ратификовано од стране скупштине друштва, како би били ослобођени обавезе подношења претходног захтева.<sup>1170</sup> Ипак, потребно је

---

<sup>1166</sup> „Demand on Directors and Shareholders As a Prerequisite to a Derivative Suit“, 755; D. DeMott, 475; D. Fischel, 183.

<sup>1167</sup> D. Fischel, 183.

<sup>1168</sup> D. DeMott, 475.

<sup>1169</sup> D. Fischel, 184.

<sup>1170</sup> *Ibid.*

напоменути да теорија ратификације може бити прихватљива, онда када се заиста ради о питању које мора бити предмет одлучивања од стране скупштине, јер уколико се одређена радња одобри, може отпасти материјално правни основ тужбе. У односу на питање ратификације теорија углавном истиче да могућност одобравања одређене спорне радње не би требало да буде критеријум да ли је и ком органу потребно поднети претходни захтев, јер одлуку да се не покрене поступак не би требало поистоветити са одобрењем спорне радње.<sup>1171</sup> Са друге стране, постојала су и мишљења да одлука да се не покрене поступак, доводи до фактичке ратификације, јер се у оба случаја надлежан орган саглашава са последицама одређене радње.<sup>1172</sup> У односу на теорију пословне процене, која је иначе имала више присталица, углавном је истицано да је неодржива, јер скупштина друштва није право место да се одлучује од томе да ли је тужба у интересу друштва или не. Наиме, поред традиционалних проблема који се везују за начин функционисања скупштине и пасивност акционара, примарни проблем који постоји у овом случају јесте што акционари нису способни да доносе пословне одлуке, а међу које несумњиво спада и одлука о покретању судског поступка.<sup>1173</sup> У том погледу може се рећи да је америчка теорија заправо сматрала да скупштина друштва није право место на коме треба расправљати о томе да ли је тужба у интересу привредног друштва, а што је централно питање код деривативне тужбе, због којег се претходни захтев и подноси. Поред наведеног, акционари осим што нису способни да процене шта је у интересу друштва, немају ни дужност да се приликом одлучивања воде искључиво интересом друштва,<sup>1174</sup> што може бити један од проблема приликом функционисања надлежности скупштине о овом питању.

На тај начин се долази до закључка да управа друштва, иако потенцијални тужени, фактички представља једини орган који је способан да донесе одлуку о претходном захтеву. Међутим, због урођеног сукоба интереса који у овом случају постоји, судска пракса је морала формирати механизме контроле процеса одлучивања управе о претходном захтеву. Легитимитет управе друштва за одлучивање о претходном захтеву се заснива на томе да у редовним околностима управа друштва одлучује о покретању судског поступка у име друштва и самим тим

---

<sup>1171</sup> R. Buxbaum, 1128.

<sup>1172</sup> „Demand on Directors and Shareholders As a Prerequisite to a Derivative Suit“, 757.

<sup>1173</sup> D. Fischel, 182.

<sup>1174</sup> *Ibid.*, 172.

одлука о претходном захтеву фактички спада у круг редовних надлежности управе друштва.<sup>1175</sup> Проблем који се у овом случају истиче, а то је да није вероватно да ће управа друштва донети одлуку о покретању поступка против члана интересне заједнице којој сама припада, оправдава се тиме да постоји претпоставка да чланови управе поступају у најбољем интересу друштва и да самим тим, када је реч о одлучивању о претходном захтеву, не постоји основ за примену другачије претпоставке.<sup>1176</sup> Додатно, осим обориве претпоставке да управа друштва увек поступа у интересу друштва, веома чврст основ надлежности управе друштва за одлучивање о претходном захтеву јесте околност да чланови управе имају дужност да поступају у интересу друштва,<sup>1177</sup> чија повреда може довести до одговорности према друштву. На крају, постоје и практични разлози у прилог надлежности управе друштва за одлучивање о претходном захтеву, а то су боља информисаност управе у односу на чланове друштва и једноставнији процес одлучивања.<sup>1178</sup> Од свих наведених разлога, стиче се утисак да су пресудни били разлози практичности који су утицали да се скупштина друштва оцени као неподобан орган за одлучивање о претходном захтеву, поготово када је реч о друштву са великим бројем чланова, када би сазивање скупштине било сувише компликовано и скупо.<sup>1179</sup>

### *1.1.2. Српско право*

Српско право прописује да се претходни захтев подноси друштву, при чему не одређује ком тачно органу друштва се захтев подноси. ЗПД садржи одређење органа којем се подноси претходни захтев једино у случају када се деривативна тужба подноси ради искључења члана друштва са ограниченом одговорношћу, у ком случају се претходни захтев подноси скупштини.<sup>1180</sup>

Неодређеност закона у погледу надлежности органа за одлучивање о претходном захтеву постоји и у америчком праву, али за разлику од америчког права, у српском праву не постоји вишедеценијска судска пракса о овом питању, из

---

<sup>1175</sup> D. DeMott, 485.

<sup>1176</sup> D. Fischel, 192.

<sup>1177</sup> *Ibid.*, 172.

<sup>1178</sup> *Ibid.*, 171.

<sup>1179</sup> Вид. R. Hamilton, 545.

<sup>1180</sup> ЗПД, чл. 196 ст. 6.

ког разлога је важећи закон требало да садржи детаљније уређење надлежности органа друштва за одлучивање о претходном захтеву. Имајући у виду наведено потребно је поменути да је ЗПД 2004 био знатно одређенији, те је прописивао да се претходни захтев у командитном друштву подноси свим комплементарима, у друштву са ограниченом одговорношћу и акционарском друштву директору или члановима управног одбора или другим лицима која имају овлашћење да поднесу тужбу.<sup>1181</sup> На основу одредби претходног закона се закључује да је надлежност за одлучивање о претходном захтеву била одређена према критеријуму опште надлежности органа друштва за покретање судског поступка у име и за рачун друштва. У том погледу, на основу историјског тумачења, исти принцип може бити примењен и у односу на важећи ЗПД. Поред наведеног принципа, додатни критеријум за утврђивање органа надлежног за одлучивање о претходном захтеву може бити формиран према предмету спора, па тако у зависности од чињенице да ли одређени орган друштва може одобрити радњу која се оспорава деривативном тужбом, може постојати и надлежност тог органа за одлучивање о претходном захтеву. У наставку излагања биће дата анализа оба принципа који могу бити примењени приликом утврђивања органа који је надлежан за одлучивање о претходном захтеву према тренутно важећем ЗПД.

#### 1.1.2.1. Примена принципа надлежности за доношење одлуке о покретању поступка

Примена принципа надлежности за доношење одлуке о покретању судског поступка у оквирима тренутно важећег ЗПД не доводи до утврђивања јединствене надлежности за одлучивање о претходном захтеву, како када је реч о друштву са ограниченом одговорношћу, тако и код акционарског друштва, а посебно посматрано у међусобном односу ове две форме друштава. Такође, код обе форме друштава може постојати различита надлежност органа у зависности од чињенице да ли је управљање друштвом организовано као једнодомно или дводомно.<sup>1182</sup>

*Друштво са ограниченом одговорношћу.* У случају једнодомног управљања ЗПД прописује да скупштина друштва одлучује о покретању поступка и давању пуномоћја за заступање друштва у спору са прокуристом или директором, као и о покретању поступка и давању пуномоћја за заступање друштва у спору против

---

<sup>1181</sup> ЗПД 2004, чл. 41 ст. 3.

<sup>1182</sup> Вид. ЗПД, чл. 198, 326.

члана друштва.<sup>1183</sup> Имајући и виду наведено, закључује се да би применом првог принципа, у случају једнодомног управљања друштва са ограниченом одговорношћу, скупштина друштва требало да буде орган надлежан за одлучивање о претходном захтеву.

Са друге стране, уколико је управљање друштва организовано као дводомно, тада би на основу чл. 200 ст. 1, тач. 19 ЗПД скупштина друштва такође била надлежна за одлучивање о претходном захтеву, уколико се поступак покреће против члана друштва или надзорног одбора, док би у случају да се деривативна тужба подноси против директора, за одлучивање о претходном захтеву требало да буде надлежан надзорни одбор, с обзиром на околност да ЗПД у чл. 232 ст. 1, тач. 10 прописује да надзорни одбор одлучује о покретању поступка и давању пуномоћја за заступање друштва у спору са директором.

*Акционарско друштво.* Када је реч о акционарском друштву, постојала би нешто другачија надлежност за одлучивање о претходном захтеву.

Прво, када је реч о директорима друштва који се могу наћи на месту туженог, ЗПД у оквиру уређења акционарског друштва изричито не прописује надлежност за одлучивање о покретању судског поступка против директора, али прописује који орган је надлежан за издавање пуномоћја за заступање друштва у тим поступцима.<sup>1184</sup> Имајући у виду наведено, на посредан начин може се утврдити који орган акционарског друштва би требало да има надлежност за доношење одлуке о покретању судског поступка. У том смислу, уколико је управљање акционарским друштвом организовано као једнодомно, проистиче да би за одлучивање о претходном захтеву постојала надлежност извршних директора, осим у случају да друштво има само једног извршног директора, када би о претходном захтеву требало да одлучује скупштина друштва. Примећује се да у случају када друштво има два или више извршних директора, закон само на основу чињенице да други извршни директор или више њих нису обухваћени тужбом, може се рећи, небориво претпоставља да су други извршни директори независни у односу на предмет спора, што у пракси често није случај.

Уколико је управљање акционарским друштвом организовао као дводомно, а тужба се подноси против јединог извршног директора (у случају да друштво нема

---

<sup>1183</sup> ЗПД, чл. 200 ст. 1. тач. 19, 20.

<sup>1184</sup> ЗПД, чл. 388. ст. 6.



извршни одбор) за одлучивање о претходном захтеву постојала би надлежност надзорног одбора, с обзиром на то да је чл. 422 ст. 7 ЗПД прописано да извршни директор не може издати пуномоћје за заступање нити заступати друштво у спору у којем је супротна страна, а у случају да друштво нема другог извршног директора који је овлашћен да заступа друштво, то пуномоћје издаје надзорни одбор. Уколико друштво има више од једног извршног директора или извршни одбор, сходно чл. 422 ст. 7 ЗПД проистиче да би постојала надлежност других извршних директора за доношење одлуке о покретању спора, односно издавање пуномоћја, а самим тим и за одлучивање о претходном захтеву.

У случају дводомног управљања, ЗПД не говори који орган би био надлежан за покретање судског поступка, као и за издавање пуномоћја против члана надзорног одбора, па у обзир за разматрање долазе преостали чланови надзорног одбора, скупштина друштва или извршни директор, односно извршни одбор. Имајући у виду да ЗПД у оквиру делокруга надлежности надзорног одбора и скупштине не прописује надлежност за доношење одлуке о покретању судског поступка,<sup>1185</sup> те да сходно општим правилима извршни директор/извршни одбор воде послове друштва и законски су заступници друштва,<sup>1186</sup> проистиче да би у случају подношења деривативне тужбе против члана надзорног одбора за доношење одлуке о покретању спора, а самим тим и за одлучивање о претходном захтеву био надлежан извршни одбор, односно извршни директори.

Друго, уколико би спор требало покренути против акционара друштва, применом опшних правила о заступању друштва, с обзиром на чињеницу да по овом питању ЗПД не садржи посебну регулативу, дошло би се до закључка да би надлежан орган за доношење одлуке о покретању поступка, као и одлучивање о претходном захтеву требало да буду извршни директори, без обзира на прихваћени модел управљања.

#### 1.1.2.2. Примена принципа ратификације

ЗПД прописује да скупштина друштва има могућност да се  $\frac{3}{4}$  већином гласова присутних акционара одрекне захтева за накнаду штете према директору

---

<sup>1185</sup> ЗПД, чл. 329, 441.

<sup>1186</sup> ЗПД, чл. 388, 422.

друштва.<sup>1187</sup> Ово овлашћење скупштине друштва постоји у односу на чланове надзорног одбора код друштва са ограниченом одговорношћу, а затим и у односу на све директоре акционарског друштва, без обзира на прихваћени модел управљања друштвом, као и чланове надзорног одбора.<sup>1188</sup> Поред наведеног, скупштина, али и органи управе имају могућност да одобре радње које би без тога представљале повреду дужности забране сукоба интереса, дужности забране конкуренције и дужности пријављивања послова и радњи у којима постоји лични интерес.<sup>1189</sup>

Отуда се може поставити питање да ли би у наведеним случајевима, а у зависности од предмета тужбеног захтева, о претходном захтеву требало да одлучује скупштина друштва, односно други орган који има овлашћење да располаже захтевом или одобри конкретну радњу која може представљати повреду посебне дужности према друштву.

Имајући у виду да би претходни захтев био поднет у околностима када је одређена штета или друга последица за друштво већ настала, сходно ЗПД надлежност за одлучивање о располагању захтевом, а самим тим и потенцијална надлежност за одлучивање о претходном захтеву, може бити једино неспорна уколико је реч о захтеву за *накнаду штете* проузроковане од стране директора акционарског друштва или члана надзорног одбора акционарског друштва и друштва са ограниченом одговорношћу. Примена овог овлашћења скупштине у контексту дефинисања органа надлежног за одлучивање о претходном захтеву, посматрано у односу на први принцип, довела би до промене надлежности за одлучивање о претходном захтеву једино код акционарског друштва, под условом да се поступак не покреће против јединог извршног директора, када већ постоји надлежност скупштине друштва.

---

<sup>1187</sup> ЗПД, чл. чл. 415 ст. 7.

<sup>1188</sup> ЗПД, чл. 235, 447.

<sup>1189</sup> ЗПД, чл. 66, 70, 75. Сходно чл. 66 ЗПД орган надлежан за давање одобрења у случају друштва с ограниченом одговорношћу, ако постоји лични интерес директора, су сви чланови друштва који немају лични интерес, односно надзорни одбор ако је управљање друштвом дводомно, а ако постоји лични интерес члана надзорног одбора, односно члана друштва, сагласност дају чланови надзорног одбора који немају лични интерес, односно чланови друштва који немају лични интерес; у случају акционарског друштва, ако постоји лични интерес директора, сагласност дају сви директори који немају лични интерес, односно надзорни одбор ако је управљање друштвом дводомно; ако постоји лични интерес акционара у том случају сагласност дају директори, односно надзорни одбор ако је управљање друштвом дводомно, а ако постоји лични интерес члана надзорног одбора, чланови надзорног одбора који немају лични интерес.

Са друге стране, уколико је штета последица повреде дужности од стране другог лица или се захтева друга имовинско правна последица, као последица радње повреде посебних дужности која може бити одобрена од стране одређеног органа друштва, одобрење те радње које је наступило након настанка штете, или уопште након предузимања радње, не би требало да води ослобођењу од одговорности према друштву, а самим тим ни надлежности ових органа за одлучивање о претходном захтеву. У овом случају је потребно нагласити да располагање другим имовинским захтевима, поред накнаде штете није у надлежности скупштине у смислу чл. 415 ЗПД.

До наведеног закључка се долази на основу чињенице да је одобрење које је потребно код послова или радњи са личним интересом, као и код дужности забране конкуренције неопходно дати пре предузимања спорне радње, дакле пре настанка захтева друштва,<sup>1190</sup> те самим тим накнадно одобрење не би могло да утиче на постојање имовинске одговорности према друштву.

ЗПД једино код дужности забране сукоба интереса прописује да је сагласност могуће дати и након предузимања радње.<sup>1191</sup> Отуда, у овом случају се поставља питање да ли је давање накнадне сагласности за одређену спорну радњу могуће поистовети са одрицањем од имовинско правног захтева друштва, укључујући и захтева за накнаду штете. Наиме, давање сагласности за предузимање радње која представља повреду дужности забране сукоба интереса, између осталог би требало да доведе до последице да отпада основ одговорности за штету која је проузрокована радњом која би без датог одобрења представљала повреду дужности забране сукоба интереса. Међутим, потребно је имати у виду да у српском праву противправност не представља један од услова одговорности за штету, већ мерило кривице, као трећег услова вануговорне одговорности за штету.<sup>1192</sup>

У овом случају давање накнадне сагласности у односу на радње повреде не би требало поистоветити са одрицањем од имовинско правног захтева друштва, укључујући и захтева за накнаду штете и самим тим давање накнадног одобрења не може имати дејство у односу на већ настале повреде.

У прилог наведеном, говори управо одредба ЗПД која изричито прописује

---

<sup>1190</sup> Ј. Лепетић (2015), 239.

<sup>1191</sup> ЗПД, чл. 70.

<sup>1192</sup> М. Караникић Мирић, 285.

надлежност за доношење одлуке о одрицању од захтева за накнаду штете према директору друштва, укључујући и накнаду штете због повреде посебних дужности. Отуда, поистовећивање надлежности за одобравање радње која представља повреду дужности забране сукоба интереса и надлежности за одрицање од накнаде штете довело би до сукоба надлежности између различитих органа друштва, јер би дошло до колизије између чл. 415 ЗПД, који прописује надлежност скупштине друштва и одредби закона о посебним дужностима, које прописују и надлежност управе друштва. У том погледу, имајући у виду да је ЗПД надлежност за одрицање од захтева за накнаду штете посебно регулисао, закључује се да законодавац није подразумевао да давање накнадне сагласности у односу на повреду дужности забране сукоба интереса треба поистоветити са одрицањем од захтева за накнаду штете по истом основу, а исти закључак се неспорно мора односити и на друге имовинско правне захтеве. На тај начин се потврђује да је у случају већ настале штете неспорна само надлежност скупштине за одлучивање о располагању захтевом за накнаду штете који може бити предмет тужбеног захтева деривативне тужбе и то само према директору друштва и члановима надзорног одбора.

Имајући у виду све наведено, уочава се да принцип ратификације и принцип надлежности за доношење одлуке о покретању поступка у контексту дефинисања органа надлежног за одлучивање о претходном захтеву могу бити у колизији, из ког разлога би у том случају требало дати предност једном од наведених принципа, јер кумулативна примена оба принципа није могућа.

На закључак да би предност требало дати принципу надлежности за доношење одлуке о покретању поступка указују следеће чињенице.

У околностима када би скупштина друштва донела одлуку да се не одриче захтева за накнаду штете и да жели да покрене судски поступак, у случају акционарског друштва скупштина по самом закону не би била надлежна да покрене поступак (осим уколико је реч о поступку против јединог извршног директора, код једнодомног управљања друштвом и спору против члана друштва или надзорног одбора код друштва са ограниченом одговорношћу). У овим околностима као спорно се поставља питање, да ли би члан друштва требало додатно да се обрати управи друштва која је надлежна за покретање судског поступка, а што указује да примена принципа ратификације заправо нема суштински значај.

### 1.1.2.3. Закључак

Као крајњи закључак свега претходно наведеног може се речи да у постојећим околностима, када ЗПД не прописује који конкретно орган је надлежан за одлучивање о претходном захтеву, на дискреционој одлуци судова је да се код овог питања одреде за принцип надлежности за доношење одлуке о покретању поступка или принцип ратификације.

Препорука је да то буде принцип надлежности за доношење одлуке о покретању поступка из најмање два разлога.

Први разлог је успостављање јединственог критеријума за утврђивање надлежности органа за одлучивање о претходном захтеву, јер се поставља питање да ли се може оправдати решење да се дефинисање органа надлежног за одлучивање о претходном захтеву утврђује према садржини тужбе или субјективитету туженог, јер тада може постојати правна несигурност, али и могућности злоупотреба.

Други разлог се односи на описану ситуацију, када не постоји надлежност истог органа за одобрење спорне радње и покретање судског поступка. У том случају, обраћање само органу који је надлежан за одобрење спорне радње може бити само губитак времена, уколико уследи негативан одговор, јер тада и даље није познато да ли је орган надлежан за покретање судског поступка вољан да то учини. Сврха претходног захтева је, између осталог, пружање прилике органу друштва да предузме радњу за коју је надлежан, у овом случају покретање судског поступка у име и за рачун друштва.

## 1.2. Форма и садржина претходног захтева

Форма и садржина претходног захтева представљају веома значајне сегменте практичне примене деривативне тужбе, јер испуњеност захтеване форме и садржине претходног захтева може утицати на оцену суда да ли је тужилац испунио услове за подношење деривативне тужбе.

У наставку излагања најпре ће бити речи о форми претходног захтева, а затим и обавезној садржини.

### 1.2.1. Форма претходног захтева

Када је реч о форми претходног захтева, чл. 79 ст. 1 тач. 2 ЗПД прописује да претходни захтев мора бити поднет у писаној форми.<sup>1193</sup> Услов писане форме постоји и у америчком праву, уз постојање одређених изузетака, на пример, постојали су случајеви у пракси када се претходни захтев износио усмено на седници одбора директора, од стране директора који је истовремено и члан друштва и који самим тим има легитимацију за подношење деривативне тужбе.<sup>1194</sup> МВСА такође прописује да претходни захтев треба да буде у писаној форми.<sup>1195</sup>

Полазећи од одредби ЗПД, којима је дато само опште одређење о обавезној писаној форми претходног захтева, у практичној примени деривативне тужбе може бити спорно када се сматра да је испуњен услов постојања писане форме. Уско повезано питање са захтевом форме претходног захтева јесте и питање којим лицима је потребно доставити претходни захтев, да ли свим члановима органа који је надлежан за одлучивање о претходном захтеву или је захтев дозвољено доставити на адресу друштва, са назнаком да је упућен одбору директора или скупштини друштва.

У односу на прво питање потребно је имати у виду чл. 72. ст. 4 ЗОО који прописује да је захтев писмене форме испуњен „ако стране измењају писма или се споразумеју телепринтером или неким другим средством које омогућава да се са извесношћу утврде садржина и давалац изјаве.“ Претходни захтев свакако не представља уговор, нити било који други извор облигација, по ком основу би се у овом случају могао применити ЗОО, али имајући у виду да ЗОО у српском праву садржи општа начела грађанског права, у одсуству грађанског законика, не постоји препрека да се на форму претходног захтева сходно примени чл. 72 ЗОО. У овом случају позивање на општа правила грађанског права је неопходно, с обзиром на околност да одређење ЗПД да претходни захтев мора бити поднет у писаној форми није довољно како би се оценило када је испуњен захтев писане форме. У том погледу, у пракси основно питање које се може поставити јесте да ли тужиоци претходни захтев морају да сачине у форми дописа, који би се затим доставио органу који је надлежан за одлучивање о претходном захтеву путем поште, или је

<sup>1193</sup> Исто решење је прописивао и ЗПД 2004, вид. чл. 41 ст. 2. тач. 3.

<sup>1194</sup> „Demand on Directors and Shareholders As a Prerequisite to a Derivative Suit“, 752-753.

<sup>1195</sup> МВСА, § 7.42.

довољно да се претходни захтев достави у форми мејла. У практичној примени, претпоставка је да би члановима друштва било једноставније да претходни захтев доставе у форми мејла,<sup>1196</sup> уместо да шаљу индивидуалне дописе свим члановима органа надлежног за одлучивање о претходном захтеву. О овом спорном питању, као и о томе да ли је претходни захтев потребно доставити индивидуално сваком члану органа који одлучује о претходном захтеву, било је речи у нашој судској пракси, те је Привредни апелациони суд у једном решењу изнео став да се достављање писаног захтева привредном друштву за подношење тужбе не врши по правилима парничног поступка, већ се исти доставља законом одређеним физичким лицима у друштву.<sup>1197</sup> У том смислу став суда је био да се претходни захтев (у форми дописа) мора лично доставити сваком члану органа управе, који је према тада важећем закону био надлежан за одлучивање о претходном захтеву. У конкретном случају тужилац је претходни захтев доставио на адресу друштва, што суд није сматрао уредним уручењем претходног захтева. На основу текста одлуке суда која је објављена није јасно да ли је у конкретном случају претходни захтев био насловљен на управни одбор, или на његове чланове лично, или пак само на друштво, као и да ли се према схватању суда лично достављање члановима органа друштва мора вршити на личне адресе или је то могуће учинити преко адресе друштва.

Код овог питања потребно је указати да ЗПД достављање путем мејла не посматра као питање форме и самим тим услова пуноважности одређене радње, већ као питање начина достављања, а што се може закључити на основу одредби о сазивању седница скупштине акционарског друштва.<sup>1198</sup>

На тај начин се долази до закључка да је значајније, али и сложеније питање, у вези са формом претходног захтева, да ли је претходни захтев потребно достављати индивидуално свим члановима органа друштва или би било дозвољено доставити један захтев на адресу друштва, са назнаком на орган који је надлежан да одлучује о претходном захтеву. У овом случају потребно је правити разлику између неколико ситуација.

Најпре, када су за одлучивање о претходном захтеву надлежни извршни

---

<sup>1196</sup> Вид. D. Fischel, 172.

<sup>1197</sup> Решење Привредног апелационог суда Пж – 1253/2010(1) од 22.4.2010. године.

<sup>1198</sup> ЗПД, чл. 335.

директори акционарског друштва, а није формиран одбор директора или извршни одбор, чини се да не постоји друго решење осим да се претходни захтев доставља индивидуално свим директорима, што у овом случају не би требало да буде велико оптерећење, с обзиром да може бити реч само о два директора.

Са друге стране, уколико је за одлучивање о претходном захтеву надлежан колегијални орган, једно од решења може бити да се примењују правила о достављању позива и материјала за седницу тог органа.

Уколико је реч о скупштини друштва то би подразумевало примену следећих правила. У случају скупштине друштва са ограниченом одговорношћу претходни захтев би требало доставити сваком члану друштва на адресу из евиденције података о члановима друштва, а претходни захтев би се сматрао достављеним даном слања препоручене пошиљке поштом, осим ако је другачији начин позивања одређен оснивачким актом или се са другачијим начином позивања члан друштва писаним путем сагласио.<sup>1199</sup> Дакле, у овом случају достављање путем мејл адресе је искључено, осим уколико интерним актима друштва није дозвољено да се позив и материјал за седницу скупштине достављају путем мејла. Уколико се претходни захтев доставља скупштини акционарског друштва онда би претходни захтев требало доставити на адресе акционара из јединствене евиденције акционара, а достављање се сматра извршеним даном слања препоручене пошиљке поштом на ту адресу, односно електронском поштом ако је акционар дао писану сагласност за такав начин слања или објављивањем на интернет страници друштва и на интернет страници регистра привредних субјеката.<sup>1200</sup>

Уколико је реч о одбору директора (код обе форме друштава, укључујући извршни и надзорни одбор), примена правила о сазвању седнице одбора би подразумевала обавезу достављања претходног захтева индивидуално свим члановима одбора.<sup>1201</sup>

У односу на скупштину друштва, постоји и алтернативно решење, а то је да се претходни захтев, поред члановима скупштине достави и органима управе (директору, одбору или надзорном одбору), који су надлежни за сазивање седнице

---

<sup>1199</sup> ЗПД, чл. 204.

<sup>1200</sup> ЗПД, чл. 335.

<sup>1201</sup> ЗПД, чл. 234, 403, 429, 445.



скупштине.<sup>1202</sup>

Иако све претходно наведено може деловати као прихватљиво решење, потребно је имати у виду да би у спровођењу изнетих правила постојали проблеми практичне природе. Прво, када је реч о скупштини друштва, уколико је реч о већем броју чланова, индивидуално достављање може бити велико оптерећење за тужиоца. Друго, уколико је реч о директорима друштва спорно је на коју адресу претходни захтев треба доставити, да ли на личну адресу или адресу друштва.<sup>1203</sup> Треће, у односу на правила о достављању члановима друштва посебно проблематично може бити решење да се претходни захтев сматра урученим даном слања препоручене пошилке, уколико је реч о претходном захтеву у форми дописа, те се може догодити да поједини чланови друштва не приме претходни захтев, а да се претходни захтев сматра урученим. Последње и најважније, у свим наведеним ситуацијама се може догодити да чланови органа друштва претходни захтев приме на различите датуме, у ком случају је немогуће утврдити од када тече рок за одлучивање о претходном захтеву. Решење за настали проблем може бити у тумачењу да рок за одлучивање о претходном захтеву треба рачунати од тренутка када је први или последњи члан органа друштва примио захтев, али у оба случаја тумачење може дати неправичне резултате. У том погледу, иако постоји основ да се претходни захтев доставља индивидуално свим члановима органа друштва, због практичних проблема који могу настати, најцелисходније је да се претходни захтев доставља на адресу друштва, са знаком за одређени орган, а по избору тужиоца и индивидуално свим члановима органа друштва, у ком случају би рок за подношење претходног захтева требало рачунати од датума пријема претходног захтева друштву. Управо у наведеним околностима долази до значаја могућност достављања претходног захтева на адресу електронске поште, посебно јер је то један од начина на који је могуће доставити претходни захтев истовремено свим члановима органа друштва, као и самом друштву. Имајући у виду наведено, не види

---

<sup>1202</sup> ЗПД, чл. 202, 365.

<sup>1203</sup> Потребно је имати у виду да одлуку о претходном захтеву не доносе чланови органа друштва, као физичка лица, већ у својству члана органа, из ког разлога је потребно сазвати седницу органа (осим уколико је реч о извршном одбору) на коме би се одлучило о поднетом захтеву. У том погледу не би требало захтевати да се претходни захтев доставља на личне адресе чланова органа управе, које некада неће ни бити доступне тужиоцу, те би чланови друштва морали да захтевају достављање овог податка од стране друштва, што може захтевати и потребу покретања ванпарничног поступка ради прибављања података. Вид. ЗПД, чл. 240, 464.

се основ због којег достављање претходног захтева у форми мејла, односно на адресу електронске поште не би било дозвољено. Посебно, када је реч о друштву ЗПД прописује да друштво мора имати адресу за електронску пошту,<sup>1204</sup> што указује на интенцију законодавца да афирмише достављање ове врсте. У случају чланова органа друштва, уредним достављањем претходног захтева треба подразумевати само достављање на мејл адресу коју чланови органа друштва користе у обављању функције у друштву. Са друге стране, не би било прихватљиво да се претходни захтев доставља на личне мејл адресе чланова органа друштва коју они не користе редовно, а посебно уколико чланови дату адресу не користе за потребе обављања функције у друштву. Исти закључак се односи и на личне адресе чланова органа за достављање редовне поште.

Посебно када је реч о достављању друштву на адресу електронске поште, потребно је указати да ЗПД у чл. 21 ст. 2 прописује да уредност достављања електронског документа друштву одређује се у складу са законом који уређује електронски документ,<sup>1205</sup> те да не би требало захтевати да претходни захтев буде сачињен у форми електронског документа, јер би то подразумевало велико оптерећење за чланове друштва. Дакле, претходни захтев би могао да буде сачињен у форми дописа и послат на адресу електронске поште или сачињен у самом телу мејла, без потребе за применом прописа о електронском документу.

На крају, још једно питање које може настати у практичној примени претходног захтева, а односи се на уредно достављање претходног захтева јесте на који начин поступити уколико је претходни захтев достављен органу који није надлежан за одлучивање о претходном захтеву. За овај случај не би било целисходно успоставити праксу да се по таквом захтеву не поступа, већ да је орган који је примио захтев обавезан да захтев проследи надлежном органу, али да се тада рок за одлучивање о претходном захтеву рачуна тек од тренутка када је надлежан орган примио захтев. Истовремено, било би неопходно обавестити подносиоца захтева да је захтев достављен ненадлежном органу и о дану када је надлежни орган примио захтев, а како би подносилац захтева био упознат са датумом у односу на који може рачунати рок за подношење деривативне тужбе.

---

<sup>1204</sup> ЗПД, чл. 21.

<sup>1205</sup> Закон о електронском документу, електронској идентификацији и услугама од поверења у електронском пословању, *Службени гласник РС*, бр. 94/2017.

### 1.2.2. Садржина претходног захтева

Када је реч о садржини претходног захтева, чл. 79 ЗПД не прописује битне елементе претходног захтева. Одређење битних елемената садржине претходног захтева је веома значајно из два разлога. Прво, у сваком конкретном случају је неопходно утврдити да ли претходни захтев садржи минимум елемента да би се сматрао уредним и самим тим да је подношењем таквог захтева члан друштва испунио услов за подношење деривативне тужбе из чл. 79 ЗПД. Друго, садржина претходног захтева је значајна ради успостављања адекватног узајамног односа (идентитета) између садржине претходног захтева и садржине деривативне тужбе, о чему ће бити речи у наредним излагањима.

Садржина претходног захтева треба да обухвати персоналне и материјалне елементе. Када је реч о персоналним елементима, претходни захтев треба да садржи одређење подносиоца захтева, лица против којег се захтева подношење тужбе као и одређење органа који је надлежан за одлучивање о захтеву. Додатно, када је реч о подносиоцу захтева било би целисходно да подносилац у захтеву назначи да има активну легитимацију за подношење претходног захтева, односно да поседује прописани капитал цензус и да о томе достави доказ.<sup>1206</sup> Међутим, уколико претходни захтев не би садржао ове детаље, орган надлежан за одлучивање о претходном захтеву би могао да испита ове чињенице, због чега захтев не би требало сматрати неуредним.

Са друге стране, дефинисање потребног обима материјалних елемената, односно предмета захтева је знатно сложеније. Наиме, у овом случају се поставља питање у којој мери претходни захтев мора да садржи детаље спорне радње, као и у којој мери захтев који се истиче према друштву мора бити дефинисан. На пример, уколико члан друштва у захтеву предлаже подношење тужбе за накнаду штете, да ли у захтеву мора бити наведен износ који би тужбом требало да се захтева. Полазећи од одлуке суда поменутог код излагања о форми претходног захтева, исправан је став суда да на претходни захтев не би требало применити одредбе Закона о парничном поступку, што би у случају садржине предмета захтева подразумевало да захтев не мора да садржи све елементе које би морала да садржи и тужба, али се онда поставља питање које чињенице и/или доказе претходни захтев

---

<sup>1206</sup> МВСА, § 7.42.

треба да садржи. У америчком праву код овог питања издваја се одлука суда државе Вирџинија из 2013. године, у којој је суд сублимирао праксу из свих претходних година, а која се односила на обавезну садржину претходног захтева.<sup>1207</sup> Суд је закључио да постоје три принципа којима суд треба да се води када цени адекватност садржине претходног захтева. Прво, примарна сврха претходног захтева је да друштво буде обавештено о повреди дужности, те да му се пружи прилика да предузме одговарајућу меру, која није увек подношење тужбе. Друго, деривативна тужба није дозвољена уколико се заснива на повреди дужности која није наведена у захтеву који је претходио тужби (што указује да је потребно да постоји објективни идентитет између претходног захтева и деривативне тужбе). Треће, претходни захтев не мора да садржи образложење правног основа или све детаље спорног догађаја, али мора бити у тој мери јасан да не постоји сумња у погледу догађаја или радње друштва на које се захтев односи, нити шта се очекује од компаније, односно органа који одлучује о захтеву, да предузме тим поводом.<sup>1208</sup> У том смислу суд када оцењује претходни захтев треба да утврди да ли се на основу навода захтева може идентификовати повреда дужности, као и радња која се од друштва захтева и да ли је дато образложење довољно да компанија може да преиспита захтев. Полазећи од схватања америчких судова, али и поменуте одлуке српског суда, као закључак о неопходној садржини предмета претходног захтева може се закључити да претходни захтев мора садржати податке о конкретном догађају који даје повод за тужбу. Дакле, захтев не може бити неодређен, нити заснован на низу догађаја, при чему не би било јасно који конкретно догађај представља повод за тужбу. Са друге стране, када је реч о последици која се захтева од друштва, у претходном захтеву би требало навести да ли се на пример, захтева накнада штете или подношење тужбе за поништај уговора, али сам захтев не мора да буде структуриран као тужбени захтев који би требало поднети суду, што подразумева да када се захтева накнада штете члан друштва не би био у обавези да наведе тачан износ штете. Такође, достављање доказа уз претходни захтев је пожељно, али није неопходно,<sup>1209</sup> јер орган надлежан за одлучивање о претходном

---

<sup>1207</sup> *Alvin W. Williams vs Eric M. Stevens, Karl Dorenemann*, Case no. CL12-4830, доступно на адреси <http://protoraelaw.2.cavendoclient.com/wp-content/uploads/2013/07/PDF-2-link-to-Blog-2-Williams-v.-Stevens.pdf>.

<sup>1208</sup> J. Barsalona, 781; D. Fischel, 172; D. Kleinberger, 79.

<sup>1209</sup> Вид. *Ibid.*

захтеву требало би да испита наводе захтева, без обзира на постојање или одсуство доказа који су приложени уз сам захтев, с обзиром на чињеницу да је органу друштва вероватно доступан шири круг информација, у односу на подносиоца захтева. Додатно, када је реч о српском праву, с обзиром на околност да суд не може да испитује разлоге због којих је претходни захтев одбијен, одбијање претходног захтева због чињенице да није довољно образложен или да уз захтев нису били приложени докази не би могло да утиче на подношење деривативне тужбе. Међутим, сва наведена питања могу да утичу на одлуку суда да ли се може сматрати да је у конкретном случају поднет претходни захтев.

На крају, потребно је указати да би суд постојање потребне форме и садржине претходног захтева требало да испита на самом почетку поступка, јер уколико се утврди да претходни захтев не испуњава услов потребне форме или садржине, тада не би постојао претходни захтев као услов за подношење деривативне тужбе и суд би тужбу требало да одбаци. У овом случају кључно питање које се поставља јесте у којој мери судови могу бити дискрециони у одлучивању да ли је претходни захтев уредан, а посебно да ли садржи довољне елементе, што није могуће уредити на нивоу закона, већ само кроз успостављање стандарда у пракси судова. У америчкој судској пракси је такође заузет став да подносиоци претходног захтева сnose терет неадекватно састављеног претходног захтева.<sup>1210</sup> У овом случају, тежи задатак за суд је да утврди да ли захтев испуњава услов потребне садржине, у поређењу са условом потребне форме.

### 1.3. Обавезност подношења претходног захтева

Радња подношења претходног захтева друштву по правилу је обавезна. Међутим, америчко право је формирало изузетке од овог правила, те постоје околности у којима члан друштва може поднети деривативну тужбу и без претходног обраћања друштву. У том погледу, сви случајеви покренути по деривативној тужби у америчком праву се деле на оне у којима је подношење претходног захтева обавезно (*demand required cases*) и у оне у којима не постоји ова обавеза чланова друштва (*demand excused cases*).<sup>1211</sup>

---

<sup>1210</sup> С. Harvey, 1204.

<sup>1211</sup> Вид. R. Hamilton, 550.

Обично се сматра да подношење претходног захтева друштву не представља велики терет за чланове, јер не захтева пуно времена и трошкова за припрему,<sup>1212</sup> па се поставља питање у чему се састоји потреба формирања изузетака од обавезе подношења претходног захтева. Ово питање је посебно значајно за разумевање постојања изузетака од обавезе подношења претходног захтева, јер у околностима када се тужилац позове на неки од изузетака, у сваком конкретном случају је потребно доказати да ти изузеци постоје, што компликује поступак по деривативној тужби, јер суд пре упуштања у меритум спора, претходно мора утврдити да ли се тужилац основано позвао на један од изузетака од обавезе подношења претходног захтева.<sup>1213</sup> Америчка судска пракса је показала да се чланови друштва углавном позивају на постојање изузетка од обавезе подношења претходног захтева.<sup>1214</sup> Основни разлог због којег се чланови друштва позивају на постојање изузетка од обавезе подношења захтева јесте тај што тада долази до промене критеријума које судови примењују приликом утврђивања постојања услова за подношење деривативне тужбе.<sup>1215</sup> У основи може се рећи да у случајевима када се тужилац позове на постојање изузетака од обавезе подношења претходног захтева суд примењује строже критеријуме приликом преиспитивања препоруке комисије за спорове да тужбу треба одбацити, а самим тим повећава се могућност за наставак поступка по тужби, о чему ће посебно бити речи у излагањима о механизмима преиспитивања одлуке о претходном захтеву.

На тај начин се долази до закључка да је постојање изузетка од обавезе подношења претходног захтева у директној вези са надлежношћу суда да преиспитује негативну одлуку друштва о претходном захтеву или уопште негативан став друштва о деривативној тужби. У правима у којима суд може прихватити негативну одлуку/препоруку друштва и по том основу одбацити тужбу, постоји потреба да се у одређеним случајевима чланови друштва ослободе од обавезе подношења претходног захтева, како подношење деривативне тужбе не би било неоправдано спречено. Са друге стране, у правима у којима негативна одлука о претходном захтеву не може утицати на право чланова на подношење деривативне тужбе, формирање изузетака од обавезе подношења претходног захтева није од

---

<sup>1212</sup> D. Fischel, 172.

<sup>1213</sup> Вид. K. Goehre, 147.

<sup>1214</sup> J. Barsalona, 782.

<sup>1215</sup> Вид. R. Hamilton, 550-551.

великог значаја.

### 1.3.1. Право САД

У америчком праву идеја о постојању изузетака од обавезе подношења претходног захтева друштву настала је у случају *Delaware & Hudson Co. v. Albany & Susquehanna Railroad Co* из 1909. године,<sup>1216</sup> убрзо након и самог претходног захтева. У овом поступку суд је оценио да је супростављеност интереса директора и друштва била у тој мери очигледна да је подношење претходног захтева било непотребно.<sup>1217</sup> У наредном периоду све до 1984. године и чувеног случаја *Aronson v. Lewis*, судска пракса је лутала у дефинисању изузетака од обавезе подношења претходног захтева. Кључна карактеристика овог сегмента уређења деривативне тужбе у америчком праву јесте да судови нису успели да формирају објективне стандарде, по којима би на основу јасних критеријума било могуће утврдити да ли постоји изузетак од обавезе подношења претходног захтева, што представља суштински проблем самог концепта изузетака од обавезе подношења претходног захтева.

Наиме, полазећи од случаја *Delaware & Hudson Co.*, па надаље, постојала је општа сагласност судова да постоје околности у којима би подношење претходног захтева било непотребно, јер на основу чињеница случаја може несумњиво проистицати да директори, не само да неће покренути судски поступак у име друштва, већ неће предузети било какву меру ради отклањања штетних последица по друштво.<sup>1218</sup> Ипак, сматра се да је основни разлог због којег су судови дозволили формирање изузетака од обавезе подношења претходног захтева чињеница да су директори скоро увек одбијали претходни захтев, а судови након тога само у ретким случајевима дозвољавали наставак поступка по деривативној тужби.<sup>1219</sup> Имајући у виду наведено, основна сврха формирања изузетака од обавезе подношења претходног захтева јесте заштита права чланова друштва на подношење деривативне тужбе, односно спречавање неоснованог одбацивања деривативне

---

<sup>1216</sup> Carole F. Wilder, „The Demand Requirement and the Business Judgment Rule: Synergistic Procedural Obstacles to Shareholder Derivative Suits“, *Pace Law Review* Vol. 5, No. 3, 1985, 640.

<sup>1217</sup> *Ibid.*, 641.

<sup>1218</sup> D. Fischel, 173.

<sup>1219</sup> C. Wilder, 635-636.

тужбе.<sup>1220</sup> Међутим, постоје и мишљења да су временом формирани веома строги услови за постојање изузетака, те је овај институт у крајњем исходу довео до заштите интереса управе, а не друштва или његових чланова.<sup>1221</sup> Када је реч о конкретним основама за постојање изузетака од обавезе подношења претходног захтева, судска пракса је формирала следеће изузетке: постојање контроле тужених над управом друштва, постојање личног интереса чланова управе у спорној трансакцији, учешће управе у спорној трансакцији (без остваривања личне користи), отворено противљење управе подношењу тужбе.<sup>1222</sup> Потребно је указати да су сви наведени изузеци имали природу правног стандарда, те је од дискреционе одлуке суда зависило да ли ће се у конкретном случају сматрати да постоји одређени изузетак на који се тужилац позива (на пример, контрола туженог над управом друштва).<sup>1223</sup> Имајући у виду наведено судска пракса је била у великој мери различита, из ког разлога је било неопходно да се формирају мање дискрециони и јединствени изузеци од обавезе подношења претходног захтева, што се догодило у случају *Aronson v. Lewis*.<sup>1224</sup> Такође, из истог разлога 1988. године се јавила идеја о појму универзалног, односно обавезног претходног захтева,<sup>1225</sup> који искључује могућност формирања изузетка, који приступ је прихватио и МВСА. У периоду до 2004. године деветнаест држава је усвојило концепт универзалног захтева, од којих осам након 1997. године.<sup>1226</sup>

У случају *Aronson v. Lewis* (које се колоквијално назива Делавер тест или правило), тужилац је сматрао да подношење захтева није било обавезно, јер су сви директори били означени као тужени, при чему су или одобрили или имали корист од оспорених радњи. Полазећи од наведених чињеница суд је навео да за позивање на изузетак од обавезе подношења претходног захтева није довољно да тужилац тужбом обухвати све тужене и да само наведе да су повезани са оспорених радњама,

---

<sup>1220</sup> Вид. Т. Kinney, 177.

<sup>1221</sup> R. Vuxbaum, 1123.

<sup>1222</sup> D. Fischel, 173-182; „Demand on Directors and Shareholders As a Prerequisite to a Derivative Suit“, 753-754.

<sup>1223</sup> Вид. D. Dykstra, 97-98. Сматра се да се управо код овог питања испољавало схватање судова о самој деривативној тужби вид. „Demand on Directors and Shareholders As a Prerequisite to a Derivative Suit“, 747.

<sup>1224</sup> Т. Kinney, 177.

<sup>1225</sup> Charles W. Murdock, „Corporate Governance – The Role of Special Litigation Committees“, *Washington Law Review* Vol. 68, No. 1 1993, 112.

<sup>1226</sup> Вид. S. Aronson, *et.al.*, 24.



већ да би могао да настави поступак по деривативној тужби, иако није поднео претходни захтев друштву, тужилац мора да докаже да постоји разумна сумња:

(i) да су директори независни или да немају лични интерес који би спречио подношење тужбе, или

(ii) да је спорна трансакција била резултат адекватне примене правила пословне процене.<sup>1227</sup> Наведени услови су постављени алтернативно.

Правило *Aronson*, иако формирано пре више од тридесет година, и данас се примењује, а временом су прецизирани само одређени сегменти овог правила.<sup>1228</sup> На основу садржине правила може се закључити да је и овога пута реч о правним стандардима чија је примена у крајњем исходу препуштена дискреционој одлуци суда. На основу судске праксе у којој је примењивано правило може се закључити да судови сматрају да је реч о субјективном правном стандарду, јер се услови за примену изузетака од обавезе подношења претходног захтева процењују *in concreto*, дакле у зависности од околности сваког конкретног случаја, а не *in abstracto*, у ком случају би се ценили према објективним стандардима понашања. Теорија сматра да је основни недостатак правила *Aronson* тај да директори не морају бити у потпуности независни како би имали надлежност за одлучивање о претходном захтеву, али је са друге стране и неспорно да то не могу бити лица за која је очигледно да су учествовала у спорној радњи.<sup>1229</sup>

Правило *Aronson* касније је додатно разрађено у одлукама *Pogostin v. Rice*<sup>1230</sup> из 1984. године, *Grobow v. Perot* из 1987. године, *Rales v. Blasband* из 1992. године и *In re The Walt Disney Co* из 2003. године.<sup>1231</sup>

У случају *Pogostin v. Rice* суд је појаснио на који начин је потребно ценити да ли постоји лични интерес директора или његова независност у односу на спорну трансакцију, те је навео да постојање личног интереса треба ценити у контексту (i) да ли је директор примио или очекује да прими финансијску корист од спорне трансакције, која је већа од користи коју би могли имати остали носиоци интереса у

---

<sup>1227</sup> *Aronson v. Lewis*, 473 A.2d 805, 814 (Del. 1984); T. Kinney, 178.

<sup>1228</sup> Вид. *H&N Management Group, Inc. & Aff Cos Frozen Money Purchase Plan v. Robert M. Couch et al.*, Civil Action No. 12847-VCMR, Основни суд Делавера, доступно на адреси: <https://courts.delaware.gov/Opinions/Download.aspx?id=260250>.

<sup>1229</sup> T. Kinney, 178.

<sup>1230</sup> *Pogostin v. Rice*, 480 A.2d 619, 624 (Del. 1984); Ralph C. Ferrara, Kevin T. Abikoff, Laura Leedy Gansler, *Shareholder Derivative Litigation: Besieging the Board*, Law Journal Press 2013, 6-9.

<sup>1231</sup> Вид. S. Aronson, *et al.*, 26-35.

друштву, (ii) да ли постоји „подељена лојалност“, односно да ли директор има одређени облик дужности лојалности и према другом учеснику трансакције, а не само према друштву. Када је реч о независности директора, суд је указао да се не може поћи од претпоставке да је одређена радња штетна за компанију, те да је самим тим потребно утврдити изворе свих чињеница које су утицале на доношење спорне одлуке и на основу тога утврдити да ли је одлука донета на основу адекватне примене правила пословне процене.<sup>1232</sup>

Затим у случају *Grobow v. Perot* суд је разматрао други сегмент правила који се односи на разумну сумњу да је спорна трансакција резултат правилне пословне процене, те је у одлуци навео да је у овом делу задатак тужиоца, али и суда да докаже да постоји разумна сумња да се правило пословне процене у конкретном случају не може применити, а не да докаже да спорна трансакција није заштићена правилом пословне процене. У том погледу потребно је имати у виду да ли поступање директора испуњава услове дужне пажње како у материјално правном смислу (да ли је вредност коју је компанија примила на основу спорне трансакције у очигледној неразумности са теретом који је преузела), тако и у процедуралном (да ли су директори приликом доношења одлуке били довољно информисани). Суд је додатно навео да би било немогуће, али и непрактично да се утврде генерални критеријуми када се може сматрати да постоји разумна сумња у погледу адекватне примене правила пословне процене, а који би били применљиви на све случајеве.<sup>1233</sup> У случају *In re The Walt Disney Co* суд је додатно разјаснио други елемент правила, те је навео да тужилац у циљу позивања на овај сегмент правила мора да докаже да постоји разумна сумња да спорна трансакција није предузета поштено и у доброј вери, као и да управа приликом одлучивања није била адекватно информисана. Суд је посебно образложио када се може сматрати да поступање није било у доброј вери, те је направио разлику између три облика понашања – кршење дужности које је вођено намером да се проузрокује штета, затим кршење дужности из крајње непажње и свесно кршење дужности, али које није нужно вођено намером проузроковања штете. Суд је закључио да само први и трећи облик понашања могу бити супротни доброј вери, односно уколико је штета настала из крајње непажње тада не постоји основ за примену изузетка од обавезе подношења претходног

---

<sup>1232</sup> *Ibid.*, 27.

<sup>1233</sup> R. Ferrara, K. Abikoff, L. Gansler, 6-11, 6-13; *Ibid.*

захтева.<sup>1234</sup>

У случају *Rales v. Blasband* суд је разматрао ситуацију у којој тужени нису учествовали у доношењу спорне одлуке и на који начин тада треба проценити да ли су испуњени услови за примену изузетка од обавезе подношења претходног захтева. Ова околност може настати уколико су након спорне трансакције замењени чланови одбора, затим када предмет спора није одлука донета од стране управе или када је спорну одлуку донео одбор друге компаније, што се може догодити уколико је након спорне трансакције наступила статусна промена. Основни проблем у свим овим ситуацијама јесте то што је немогуће применити други део теста који се односи на правило пословне процене, јер одбор који треба да одлучи о претходном захтеву није донео оспорену одлуку. У овим околностима било је неопходно модификовати правило, те је суд навео да тада тужилац мора да докаже разумну сумњу да у време подношења тужбе актуелни чланови управе нису могли да изразе независну и непристрасну пословну одлуку приликом разматрања претходног захтева.<sup>1235</sup> Конкретно, у овом случају након настанка спорне радње догодила се статусна промена која је довела до смене чланова одбора, те је суд заузео став да у наведеној ситуацији тужилац мора да докаже основ за постојање изузетка од обавезе подношења претходног захтева у односу на нове чланове одбора, јер се полази од претпоставке да одбор који је формиран након статусне промене мора да преузме одговорност за грешке одбора који је постојао пре наступања статусне промене.<sup>1236</sup> У овом случају реч је о модификованом правилу, јер се други елемент правила цени у односу на друга лица, а не она која су донела оспорену одлуку.<sup>1237</sup> У том погледу, правило из случаја *Rales v. Blasband* се нарочито примењује код вишеструке деривативне тужбе. Са друге стране, у случају када се вишеструка деривативна тужба подноси мимо околности које се односе на статусне промене, а није реч о потпуно зависном друштву, судска пракса захтева да се претходи захтев поднесе, како управи матичног, тако и управи зависног друштва. У том погледу, постојање основа за изузеће од обавезе подношења претходног захтева тужилац треба да докаже у односу на оба одбора. Ова обавеза једино не постоји уколико управа

---

<sup>1234</sup> S. Aronson, *et.al.*, 28, 31.

<sup>1235</sup> Вид. Случај *H&N Management Group, Inc. & Aff Cos Frozen Money Purchase Plan v. Robert M. Couch et al.*, 6; R. Ferrara, K. Abikoff, L. Gansler, 6-14.

<sup>1236</sup> C. Harvey, 1218.

<sup>1237</sup> *Ibid*, 1216.

матичног друштва има потпуну контролу над управом зависног друштва.<sup>1238</sup>

На крају, у пракси је постојала дилема и да ли је могуће да се тужилац позива на постојање изузетака од обавезе подношења претходног захтева уколико је предмет тужбеног захтева последица пропуштања. У случају *In re Caremark Int'l Inc* из 1996. године суд је изнео схватање да само трајно или систематско пропуштање дужног надзора може представљати понашање које је противно доброј вери, а које спада у домен примене изузетака од обавезе подношења претходног захтева.<sup>1239</sup>

Од свих поменутих правила, судска пракса тренутно сматра да се у Делаверу постојање основа за изузеће од обавезе подношења претходног захтева цени према два теста, *Aronson* и *Rales*, а у зависности од околности да ли је одбор учествовао у доношењу оспорене одлуке.<sup>1240</sup> Посебно, када је реч од примени *Rales* теста судска пракса не захтева да су промењени сви чланови одбора, већ да директори који су одобрили спорну радњу у тренутку одлучивања о претходном захтеву чине мање од половине одбора.<sup>1241</sup>

Поред правила које је формирано у случају *Aronson*, и које је касније развијано другим одлукама државе Делавер, у другим америчким државама формирана су слична правила, која у одређеној мери одступају од правила *Aronson*. У том погледу обично се издвајају правила формирана у држави Њујорк и Калифорнија. Сходно правилу државе Њујорк,<sup>1242</sup> тужилац да би могао да се позове не непостојање обавезе подношења претходног захтева мора да докаже да већина директора има одређени интерес у спорној трансакцији, затим да управа сходно датим околностима није била адекватно информисана и да је спорна трансакција таква да је очигледно да није могла бити резултат правилне примене пословне процене. Последњи сегмент Њујорк правила је нешто строжи за тужиоце у односу на исти сегмент правила *Aronson*, јер захтева да тужиоци докажу виши степен извесности повреде правила пословне процене и поступања у доброј вери. Са друге стране у Калифорнији је формирано правило<sup>1243</sup> које је општијег карактера у односу

---

<sup>1238</sup> „Suits by a Shareholder in a Parent Corporation to Redress Injuries to the Subsidiary“, 1318.

<sup>1239</sup> S. Aronson, *et.al.*, 33.

<sup>1240</sup> Вид. *Feuer v. Redstone*, (Del. Ch. Apr. 19, 2018), доступно на адреси: <https://courts.delaware.gov/Opinions/Download.aspx?id=271690>.

<sup>1241</sup> *Ibid.*

<sup>1242</sup> Правило је формирано у случају *Marx v. Akers* 88 N.Y.2d 189 (1996); Вид. R. Ferrara, K. Abikoff, L. Gansler, 6-14.

<sup>1243</sup> Правило је формирано у случају *Shields v Singleton* No. B051487, 1993. Вид. S. Aronson, *et.al.*, 36.

на претходно наведено, те је у овој држави потребно да тужилац докаже да се у односу на конкретне чланове управе не може очекивати да ће поштено испитати претходни захтев.

Све претходно наведено се односи на случај када је одбор директора надлежан за одлучивање о претходном захтеву. У периоду када је судска пракса била наклоњена надлежности скупштине за одлучивање о претходном захтеву, такође су формиран изузети од обавезе подношења претходног захтева. У правима која су прихватала теорију ратификације, као основ надлежности скупштине за одлучивање о претходном захтеву, на првом месту изузетак је постојао у случају када скупштина друштва није имала надлежност да ратификује одређену спорну радњу. У осталим случајевима, као и у околностима када се примењивала теорија пословне одлуке, као основ постојања надлежности скупштине, подношење претходног захтева скупштини није било обавезно у следећим случајевима: када тужени поседују више од половине гласова у скупштини, или имају контролу над процесом гласања, без обзира на то што формално немају већину гласова у скупштини (одсуство већине непристрасних акционара), када друштво има велики број акционара, те би сазивање скупштине било сувише компликовано, услед чега би дошло до штетног одлагања одлучивања о претходном захтеву.<sup>1244</sup> Последње наведено је био основни разлог да већина држава одустане од надлежности скупштине за одлучивање о претходном захтеву, поред чињенице да скупштина по правилу није способна да правилно оцени да ли је подношење тужбе у интересу друштва.

### *1.3.2. Српско право*

У српском праву подношење претходног захтева је увек обавезно и не постоји могућност да се чланови друштва ослободе ове обавезе. Наиме, подношење претходног захтева је обавезно чак и у околностима када је сасвим јасно да би то било непотребно, нецелисходно, па можда чак и штетно, у смислу губитка времена током којег потенцијални тужени могу предузети додатне штетне радње по друштво (на пример, сакрити или уништити доказе значајне за поступак). Имајући у виду

---

<sup>1244</sup> D. Fischel, 185-191; D. DeMott, 481-483; „Demand on Directors and Shareholders As a Prerequisite to a Derivative Suit“, 755-758.

наведено може се закључити да српско право прихватило концепт универзалног захтева који је познат и у америчком праву.

Уколико члан друштва који испуњава законом прописани капитал цензус не поднесе претходни захтев друштву, не може стећи активну легитимацију за подношење деривативне тужбе. У том смислу је потребно напоменути да члан друштва активну легитимацију не стиче у тренутку подношења претходног захтева, већ даном пријема одлуке друштва којом се одбија претходни захтев, односно најкасније протеком рока у којем друштво има могућности (не и обавезу) да поступи по захтеву и поднесе директну тужбу суду.

Имајући у виду да у српском праву, за разлику од америчког права, није могуће да се чланови друштва ослободе обавезе подношења претходног захтева, стиче се утисак да је обавеза подношења претходног захтева у српском праву строже постављена. Међутим, како негативна одлука друштва о поднетом захтеву не може спречити подношење деривативне тужбе, у крајњем исходу претходни захтев у српском праву је сведен само на формални услов за подношење деривативне тужбе који није тешко испунити. Поред наведеног, закључује се да у српском праву, у тренутно постојећим законским оквирима, не постоји потреба за формирањем изузетака од обавезе подношења претходног захтева, јер негативна одлука друштва о претходном захтеву не може спречити подношење деривативне тужбе.

#### 1.4. Механизми и критеријуми за преиспитивање основаности претходног захтева

Након пријема претходног захтева, наредни корак који би требало предузети је испитивање основаности захтева од стране надлежног органа друштва. Могуће је да орган надлежан за одлучивање о претходном захтеву остане потпуно пасиван, у ком случају се сматра да је дао прећутни пристанак за подношење деривативне тужбе и самим тим одвијање даљег поступка по деривативној тужби.<sup>1245</sup> Уколико се друштво одлучи да испита основаност претходног захтева, радња преиспитивања захтева представља једну од најважнијих фаза у поступку по деривативној тужби,

---

<sup>1245</sup> Ово схватање је прихваћено у америчкој судској пракси (вид. *Kaplan v. Peat, Marwick, Mitchell & Co.*, 540 A.2d 726, 729 (Del. 1988), а на посредан начин га прихвата и ЗПД, чл. 79. *S. Aronson, et.al.*, 48; *J. Matheson*, 358.

јер се обично сматра да тада контрола над поступком прелази са чланова друштва, на управу, као орган најчешће надлежан за одлучивање о претходном захтеву.<sup>1246</sup>

Значај фазе испитивања претходног захтева условљена је правним дејством одлуке о претходном захтеву у конкретном праву. Наиме, уколико у одређеном праву негативна одлука о претходном захтеву не може спречити подношење деривативне тужбе (као што је случај у српском праву), онда разлози који су довели до негативне одлуке, чак и када су резултат детаљне анализе, нису од значаја, осим у делу у којем могу представљати смернице суду приликом мериторног одлучивања о деривативној тужби. Са друге стране, уколико негативна одлука надлежног органа друштва о претходном захтеву може представљати сметњу даљем вођењу поступка по деривативној тужби, тада је веома значајно утврдити на који начин се претходни захтев испитује (формални елемент) и на основу којих критеријума (материјални елемент). У америчком праву, у коме негативна одлука о претходном захтеву може довести до спречавања наставка поступка по деривативној тужби, анализа претходног захтева се углавном спроводи од стране посебне комисије за спорове која се формира са задатком да испита основаност захтева и која даје препоруку управи да ли захтев треба одбити или не.<sup>1247</sup> Комисије за спорове се најчешће формирају у случајевима када се тужилац позива на изузетак од обавезе подношења захтева, међутим, није неуобичајено да се управа друштва одлучи да формира комисију и када је претходни захтев поднет друштву. Ангажовање комисије за спорове односи се на формални елемент испитивања претходног захтева. Са друге стране, када је реч о материјално правном сегменту испитивања претходног захтева, америчка судска пракса се у великој мери ослонила на правило пословне процене (енгл. *business judgement rule*), које је у случају деривативне тужбе добило модификовани облик. Основни разлог због којег се амерички судови ослањају на правило пословне процене приликом преиспитивања одлуке о претходном захтеву јесте постојање опште прихваћеног схватања да одлука о покретању судског поступка (што укључује и одлуку да се поступак не покрене), по својој природи представља пословну одлуку.<sup>1248</sup>

Имајући у виду да у српском праву негативна одлука о претходном захтеву

---

<sup>1246</sup> Collins J. Seitz, Michael Sirkin, „The Demand Review Committee: How It Works, and How It Could Work Better“, *The Business Lawyer* Vol. 73, No. 2 2018, 307; J. Matheson, 357.

<sup>1247</sup> C. Wilder, 637.

<sup>1248</sup> J. Aronoff, 349-350.

не може спречити подношење деривативне тужбе, даља излагања имају за циљ да представе механизме преиспитивања претходног захтева у америчком праву и могућности примене истих механизма и дефинисање њихових дејстава у српском праву.

#### 1.4.1. Комисија за спорове

Комисије за испитивање претходног захтева, односно деривативне тужбе (комисије за спорове или парнични одбори) настале су у америчком праву средином седамдесетих година 20. века,<sup>1249</sup> као израз свеопште тежње да се унапреди корпоративно управљање, јер се сматрало да ангажовање стручних људи за конкретне области може унапредити функционисање компанија.<sup>1250</sup> Тако је дошло до формирања различитих врста комисија, а са истим циљем су формиране и комисије које су анализирале потребу покретања и вођења судских поступка у име друштва, при чему су посебан значај и улогу развиле у односу на деривативну тужбу. Комисије су најпре формиране у случају тужби против трећих лица. Сматра се да је комисија први пут одлучивала о потреби подношења деривативне тужбе против директора друштва у случају *Gall vs Exxon Corporation* из 1976. године.<sup>1251</sup> Комисије су веома често коришћене током 80-их година, због чега су настале дилеме око питања у којој мери судови треба да се повинују одлукама комисије и које критеријуме треба да примењују приликом преиспитивања препорука комисије.<sup>1252</sup>

##### 1.4.1.1. Појам, врсте и улога комисије

Комисија за спорове је тело изабрано од стране управе друштва, сачињено од два или више независних и непристрасних лица (директора), са задатком да утврди да ли друштво треба да води одређени судски поступак или прихвати поравнање.<sup>1253</sup>

---

<sup>1249</sup> C. Murdock, 88.

<sup>1250</sup> *Ibid.*, 86.

<sup>1251</sup> R. Hamilton, 549.

<sup>1252</sup> C. Murdock, 88-89.

<sup>1253</sup> Minor Myers, The Decisions of the Corporate Special Litigation Committees: An Empirical Investigation, *Indiana Law Journal*, Vol. 84, No. 4, 2009, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=1162858>, 08.09.2017, 1310.



Реч је о *ad hoc* телу,<sup>1254</sup> које се формира за сваки спор појединачно, јер је на тај начин једино могуће обезбедити потпуну независност чланова, који се бирају у зависности од околности сваког конкретног случаја. Формирање комисије за спорове фактички доводи до делегације надлежности за доношење одговарајуће пословне одлуке у односу на конкретан судски поступак, са управе друштва на комисију.<sup>1255</sup> Комисија за спорове настала је у америчком праву као резултат праксе, на основу општег овлашћења одбора да формира комисије и у већини држава није посебно законодавно уређена.<sup>1256</sup> Отуда сва правила која се односе на функционисање и рад комисије за спорове углавном су формирана у судској пракси и у великој мери се прилагођавају околностима сваког појединачног случаја. Имајући у виду наведено циљ наредних излагања је да представи основне карактеристике појма комисије за спорове и начина функционисања у поступку по деривативној тужби.

Када је реч о деривативној тужби данас постоје две врсте комисија за спорове. Прва врста комисије се ангажује ради испитивања претходног захтева, која у зависности од свог налаза управи друштва даје препоруку о томе да ли захтев треба прихватити или не (енгл. *demand review committee*). Друга врста комисије се ангажује у околностима када се тужилац позвао на један од изузетака од обавезе подношења претходног захтева, те у овом случају друштво први пут изражава свој став о деривативној тужби (енгл. *special litigation committees*).<sup>1257</sup> У оба случаја задатак комисије је да 1) испита чињенице које се наводе у претходном захтеву, односно деривативној тужби и да 2) у зависности од налаза да препоруку да ли је у најбољем интересу друштва да се поступак настави или не.<sup>1258</sup> Дакле, задатак комисије није само да провери истинитост навода претходног захтева или

---

<sup>1254</sup> *Ibid.*, 1312.

<sup>1255</sup> Вид. Alice A. Seebach, *Special Litigation Committees a Practitioner's Guide*, *Loyola of Los Angeles Law Review*, No. 1, 1990, доступно на адреси: <http://digitalcommons.lmu.edu/llr/vol24/iss1/1>, 03.08.2017, 9.

<sup>1256</sup> По правилу, комисије за спорове нису уређене законима. У оним државама где су комисије за спорове прописане законом, уређење се углавном ослања на правила која су формирана у судској пракси. На пример, Компанијски закон државе Индијана посебно уређује комисије за спорове и њихову надлежност у поступку по деривативној тужби. Вид. С. Murdock, 86-87; J. Barsalona, 784 фн. 66.

<sup>1257</sup> James D. Cox, „Searching for the Corporation's Voice in Derivative Suit Litigation: A Critique of Zapata and the ALI Project“, *Duke Law Journal* Vol. 1982, No. 6 1982, 961 фн. 9; С. Seitz, M. Sirkin, 312.

<sup>1258</sup> J. Barsalona, 785.

деривативне тужбе, за које уколико се испостави да су тачни доводе до наставка поступка по деривативној тужби. Задатак комисије је знатно сложенији, јер се своди на утврђивање да ли је вођење поступка у интересу компаније, што се најчешће анализира у контексту трошкова поступка, добити коју друштво може остварити, утицаја публициитета спора и разних других фактора.<sup>1259</sup> У том погледу, у америчком праву не постоји знак једнакости између основаног и потребног тужбеног захтева. Имајући у виду наведено сматра се да су комисије за спорове довеле до умањења значаја института изузетака од обавезе подношења претходног захтева у америчком праву, јер чак и када не постоји обавеза подношења претходног захтева, негативна препорука комисије може да доведе до одбацивања деривативне тужбе.<sup>1260</sup>

На основу доступне литературе чини се да је у пракси прво настала комисија која је имала улогу у поступцима када није поднет претходни захтев, а након тога је настала и пракса формирања комисија чији је задатак да анализира претходни захтев који је поднет друштву. Разликовање између *demand review committee* и *special litigation committees* у пракси је уочено још пре две деценије, али је теорија тек од недавно почела да се бави разликовањем овде две врсте комисије за спорове. Наиме, у спору *Grimes v. Donald* из 1996. године суд је навео да комисија која се ангажује ради испитивања претходног захтева, није исто што и комисија која се ангажује за испитивање деривативне тужбе која је поднета суду.<sup>1261</sup>

Ипак, значајне разлике између ове две врсте комисија за спорове не постоје у односу на њихово формирање и рад на анализи навода деривативне тужбе, односно претходног захтева. Разлике првенствено постоје у погледу дејства одлуке комисије (у контексту обавезности за управу друштва), као и стандардима који се примењују приликом судског преиспитивања одлуке комисије. Одлука комисије која се ангажује за преиспитивање претходног захтева није обавезујућа за управу, те она може и поступити супротно препоруци.<sup>1262</sup> Са друге стране, препорука комисије која се ангажује у случају када је претходни захтев изузет је обавезујућа за управу и тада управа не располаже додатним механизмом којим би могла да избегне дејство одлуке комисије (наравно ово се односи само на случај када би комисија дала

---

<sup>1259</sup> J. Erickson, 265-266.

<sup>1260</sup> C. Wilder, 636-637.

<sup>1261</sup> *Grimes v. Donald*, 673 A.2d 1207, 1216 n.13 (Del. 1996); C. Seitz, M. Sirkin, 312 фн. 45.

<sup>1262</sup> *Ibid.*, 311.

препоруку да је тужба у интересу друштва).<sup>1263</sup> Када је реч о критеријумима за избор чланова комисије, стандарди су знатно виши када је реч о комисији која се ангажује у случајевима када није поднет претходни захтев, у односу на комисију која испитује претходни захтев.<sup>1264</sup> Узрок постојања различитих критеријума за избор комисије је схватање суда да чињеница да је тужилац поднео претходни захтев друштву подразумева да је тужилац прећутно прихватио подобност управе (у смислу постојања непристрасности и независности) да одлучује о претходном захтеву.<sup>1265</sup> Отуда, како је управа сама способна да донесе исправну одлуку, препорука комисије није обавезујућа. Са друге стране, уколико се тужилац позове на неки од изузетака постојања обавезе подношења претходног захтева, тада постоји сумња у способност управе да одлучује о деривативној тужби, па самим тим управа не може доносити одлуке које су супротне препоруци комисије.<sup>1266</sup> Из истог разлога и стандарди преиспитивања одлуке комисије се у оба случаја разликују,<sup>1267</sup> о чему ће бити речи у оквиру излагања о судској ревизији одлуке о претходном захтеву. Међутим, постојала су и мишљења да именовање комисије представља признање управе да је пристрасна и да није подобна да одлучи о претходном захтеву или основаности саме тужбе,<sup>1268</sup> али је тренутна тенденција судске праксе да се ова претпоставка не односи на ситуацију када је члан друштва поднео претходни захтев.

#### 1.4.1.2. Именовање комисије, рад и принципи функционисања комисије

Комисију за спорове бира искључиво управа друштва на основу критеријума формираних у пракси, за сваки конкретан спор.<sup>1269</sup> Пракса је формирала правило да комисија мора да има минимум два члана, јер су судови углавном одбијали препоруке само једног лица.<sup>1270</sup> Лица која се бирају за чланове комисије представљају угледне стручњаке из конкретне области, а основни критеријум који

---

<sup>1263</sup> Mitchell A. Sabshon, „Zapata Corp. V. Maldonado“, *Hofstra Law Review* Vol. 10, Iss. 3 1982, 946.

<sup>1264</sup> У том смислу критеријуми независности и непристрасности који су пожељни за чланове комисије која анализира претходни захтев, у случају комисије за спорове представљају основ њеног постојања и надлежности. Вид. C. Seitz, M. Sirkin, 308 фн. 20, 313.

<sup>1265</sup> *Ibid.*, 307; J. Matheson, 358.

<sup>1266</sup> В. Савковић (2004), 59.

<sup>1267</sup> C. Seitz, M. Sirkin, 313-314; *Ibid.*

<sup>1268</sup> *Ibid.*, 309 фн. 27.

<sup>1269</sup> A. Seebach, 8-11.

<sup>1270</sup> *Ibid.*, 11.

мора да се испуни јесте да су чланови непристрасни и независни.<sup>1271</sup> Обично се сматра да се за ову сврху, по правилу, ангажују лица изван компаније,<sup>1272</sup> међутим у делу америчке теорије се наводи да то није дозвољено, барем у случају када закони прописују да комисије директора морају бити састављене од чланова одбора.<sup>1273</sup> Због наведеног судска пракса је формирала, може се рећи, посебне стандарде за преиспитивање независности и непристрасности чланова комисије. Уколико није могуће обезбедити присуство чланова одбора који испуњавају потребне критеријуме, углавном се именују нови (додатни) чланови одбора, који би учествовали у раду комисије.<sup>1274</sup> Имајући у виду потешкоће које могу да настану код овог питања, теорија се залагала да се у законима пропише да чланови парничних одбора могу бити лица изван компаније.<sup>1275</sup>

Непристрасност се у овом смислу дефинише на сличан начин као и код постојања изузетка од обавезе подношење претходног захтева, односно потребно је да чланови комисије немају личну финансијску корист од спорне трансакције, као и да не постоји подељена лојалност између интереса чланова комисије или са њима повезаних лица и интереса компаније.<sup>1276</sup> У односу на критеријум одсуства личног интереса, у пракси је било спорно да ли члан комисије може да буде лице које је било члан одбора директора у време одобрења спорне трансакције, који је притом дао позитиван глас, затим да ли то може бити лице које је и само означено као тужени или лице које се пре спровођења истраге изјаснило да сматра да је тужба неоснована. Судска пракса је у основи заузела став да само навођење чињенице о постојању интереса члана комисије није довољно без материјализације тих навода. Посебно када је реч о потенцијалној користи коју члан комисије може имати од спорне трансакције судови су изнели став да мора постојати логичка и чињенична веза између користи члана комисије и спорне трансакције.<sup>1277</sup>

У односу на критеријум независности, потребно је да је члан независан од управе и друштва, што може бити строг услов уколико се захтева да члан мора долазити из реда директора друштва. По овом питању, на сличан начин као и у

---

<sup>1271</sup> C. Murdock, 84.

<sup>1272</sup> Вид. В. Савковић (2004), 52.

<sup>1273</sup> J. Matheson, 373.

<sup>1274</sup> *Ibid.*, 374.

<sup>1275</sup> *Ibid.*, 394.

<sup>1276</sup> A. Seebach, 12.

<sup>1277</sup> *Ibid.*, 13-18.

односу на критеријум непристрасности, потребно је да се докаже постојање конкретног утицаја који члан управе, друштво или контролни члан има на члана комисије, а што се може негативно одразити на садржину одлуке комисије.<sup>1278</sup> Међутим, препорука је да се за члана комисије увек бира лице које је у потпуности независно и непристрасно у односу на спорну трансакцију како би се избегло оспоравање потребне квалификације члана комисије.<sup>1279</sup> Веома често се за чланове комисије бирају независни директори, који су већ ангажовани у друштву, те је управо због могућности да ова лица буду чланови комисије либерализовано схватање критеријума независности, јер уколико би се овај критеријум дословно примењивао ниједан независни директор друштва не би могао да буде члан комисије за спорове.<sup>1280</sup> Занимљиво је да у литератури накнада чланова комисије за спорове у контексту утицаја на непристрасност или независност чланова није била предмет посебног интересовања.

Одлуком о формирању комисије дефинише се обим овлашћења и задатак комисије, који у конкретном случају зависе од тога да ли се испитује претходни захтев, или основаност тужбе у случају када се тужилац позове на изузетак од обавезе подношења претходног захтева. Од тренутка формирања комисије, управа не може доносити одлуке поводом деривативне тужбе пре него што комисија заврши истрагу.<sup>1281</sup> Такође, уколико се управа друштва већ изјаснила о деривативној тужби, онда су судови формирање комисија сматрали непотребним, јер на тај начин комисија добија директну смерницу од управе на који начин треба да поступи.<sup>1282</sup>

Поред критеријума који се односе на личне квалификације чланова комисије, пажња судова је чини се више усмерена на сам рад комисије, односно на квалитет рада и извештаја који се на крају доставља одбору. У том погледу што је већи обим рада комисије у смислу броја испитаних сведока или анализираних документације, претпоставка је да је комисија добро обавила задатак. Међутим, и ова оцена зависи од случаја до случаја, јер се дешавало да судови нису прихватили препоруку комисије, јер није испитан кључни сведок, иако је мимо њега испитано на десетине

---

<sup>1278</sup> *Ibid.* 18-24.

<sup>1279</sup> Вид. *Ibid.* 42.

<sup>1280</sup> М. Myers, 1312 фн. 12. Вид. С. Murdock, 102-124.

<sup>1281</sup> А. Seebach, 9. Тако је у случају *Abbey v. Computer & Communications Technology Corp* суд изнео схватање да управа не може препоручити да суд одбаци тужбу док ангажована комисија не заврши свој рад.

<sup>1282</sup> *Ibid.*

сведока.<sup>1283</sup> Такође, један од битних сегмената рада комисије је дужина истраге, те је у одређеним околностима краткотрајно обављање истраге била индиција за суд да комисија није добро обавила задатак, а у одређеним случајевима је то и била индиција за непостојање независности или непристрасности члана комисије.<sup>1284</sup> Током рада комисије обично се ангажују спољни саветници који члановима помажу у раду. Додатно, дозвољено је да чланови комисије користе и одређене ресурсе компаније, али под условом да то не наруши критеријум независности и непристрасности.<sup>1285</sup> На крају веома доста пажње се посвећује садржини извештаја који се доставља директорима, а један од обавезних елемената је правна анализа, која уколико изостане суд углавном неће прихватити препоруку комисије.<sup>1286</sup> Садржај извештаја комисије мора да буде конципиран на начин да је јасно на основу којих доказа је утврђено чињенично стање и на основу којих чињеница је донета одлука о томе да ли је тужба у најбољем интересу компаније.<sup>1287</sup> У том погледу, уколико у каснијем току поступка комисија није у могућности да образложи закључке до којих је дошла препорука неће бити прихваћена од стране суда.<sup>1288</sup>

Када је реч о начину одлучивања комисија за спорове, углавном се сматра да комисија готово увек даје препоруку да се тужба одбаци. Имајући у виду да је комисија често састављена од независних директора, сматра се да је један од основних разлога због којег се данас сумња у оправданост постојања независних директора управо њихово одлучивање о целисходности деривативне тужбе, јер се сматра да ће они на исти начин реаговати и када се појави други сукоб интереса унутар друштва.<sup>1289</sup> Међутим, једно истраживање које је спроведено показује да тврдња да комисије углавном дају негативне препоруке није у потпуности тачна. Наиме, на узорку деривативних тужби које су поднете у периоду од 1993 до 2006. године, утврђено је да је у 106 случајева формирана комисија за спорове. Даљом анализом садржине одлука комисије и коначних одлука судова, утврђено је да је комисија у 60% случаја дала препоруку да се тужба у потпуности одбаци. Даљом анализом ових случајева је утврђено да је навећи број поступака окончан

---

<sup>1283</sup> *Ibid.*, 27, 29.

<sup>1284</sup> *Ibid.*, 28.

<sup>1285</sup> *Ibid.*, 30-32.

<sup>1286</sup> *Ibid.*, 25.

<sup>1287</sup> *Ibid.*, 43.

<sup>1288</sup> *Ibid.*, 27.

<sup>1289</sup> C. Wilder, 637. M. Myers, 1311.

поравнањем, док је у 34% случајева тужба одбачена од стране суда, дакле само у мањем броју случајева негативна препорука комисије је довела до спречавања поступка по деривативној тужби.<sup>1290</sup>

#### 1.4.1.3. Српско право

У српском праву пословна пракса до сада није уочила потребу коришћења комисија за спорове, како код деривативне тужбе тако ни код осталих врста спорова. У том погледу потребно је указати да у српском праву постоји правни основ за формирање комисија за спорове, на основу општих правила о комисијама одбора директора. У том погледу ЗПД прописује да одбор директора акционарског друштва може образовати комисије које му помажу у раду, а нарочито ради припремања одлука које доноси, односно надзора над спровођењем одређених одлука или ради обављања одређених стручних послова за потребе одбора директора.<sup>1291</sup> Законом је додатно прописано да чланови комисије могу бити лица која поседују одговарајућа знања и искуство, као и да комисија не може одлучивати о питањима која су у надлежности одбора. Овај институт је обавезан за јавна акционарска друштва, јер закон прописује да ова друштва морају имати комисију за ревизију, накнаде и именовања.<sup>1292</sup> Сличан институт није прописан код друштва са ограниченом одговорношћу.

Полазећи од наведених одредби ЗПД, може се закључити да, барем када је реч о акционарским друштвима, постоји законска могућност формирања комисије са задатком да испита наводе и основаност претходног захтева код деривативне тужбе. Имајући у виду да није дозвољено да комисија доноси одлуке које су у надлежности одбора директора, не би било могуће да одбор директора делегира надлежност за одлучивање о претходном захтеву. Наиме, комисија би могла само да достави своје мишљење о основаности претходног захтева, које не би било обавезујуће за чланове одбора. У овом делу ЗПД је у сагласности са схватањем америчких судова, јер када је реч о комисији која се ангажује ради испитивања претходног захтева, одлуке комисије нису обавезујуће за управу друштва. Са друге

---

<sup>1290</sup> М. Myers, 1317, 1320, 1326. Истраживање је спроведено на основу података које је прикупила америчка Комисија за хартије од вредности, што указује да тужбе нису биле везане само за једну јурисдикцију.

<sup>1291</sup> ЗПД, чл. 408.

<sup>1292</sup> ЗПД, чл. 408 ст. 3.

стране када је реч о друштву са ограниченом одговорношћу, ЗПД не познаје институт комисија директора, што заједно са чињеницом да код ове форме друштва у већини случајева директори нису надлежни за одлучивање о претходном захтеву, већ скупштина друштва, указује да би формирање посебних комисија за спорове требало да буде учињено од стране скупштине друштва, а не директора. У том погледу, иако законом није предвиђена могућност формирања стручних тела која би испитала основаност претходног захтева, не постоји основ да се скупштини друштва ускрати право да ангажује стручна лица која би имала задатак да преиспитају наводе деривативне тужбе. Међутим, имајући у виду да закон не прописује могућност формирања помоћних тела скупштине друштва, ауторитет налаза помоћног тела не би био утемељен на закону, те би улога помоћног тела преважно била прикупљање доказа о (не)основаности тужбе који би евентуално могли бити презентовани суду током поступка.

Иако начелно постоји могућност формирања комисије за спорове или било ког другог стручног тела ради испитивања претходног захтева, ангажовање комисије у већини случајева не би било целисходно, јер у српском праву негативна одлука о претходном захтеву не може спречити поступак по деривативној тужби. У зависности од конкретног случаја ангажовање комисије може бити целисходно за поступак мериторног одлучивања о тужби, посебно у околностима када је предмет расправљања сложен, те би достављање суду мишљења квалификованих лица могло имати утицај на суд приликом пресуђивања. У том погледу, у српском праву ангажовање стручних лица у поступку по деривативној тужби више може бити од значаја након подношења тужбе суду, посебно из разлога јер није за очекивати да би стручна лица могла да обаве анализу навода тужбе у року за одлучивање о претходном захтеву (који у свим случајевима, осим код искључења члана друштва са ограниченом одговорношћу, износи 30 дана). Имајући у виду наведено, при тренутно постојећим законским оквирима, налаз стручних лица о претходном захтеву, односно деривативној тужби може имати само материјално правно дејство, као један од доказа достављених у поступку, док не би могао имати процесно правни значај у смислу утицаја на дозвољеност деривативне тужбе, као што је то случај у америчком праву.



#### 1.4.2. Правило пословне процене – *Business judgement rule*

Правило пословне процене представља један од најсложенијих института америчког компанијског права, чији је појам и домашај тешко дефинисати чак и у оквирима права у коме је настало. Правило пословне процене се најједноставније може дефинисати као принцип заштите дискреционог одлучивања управе друштва, сходно којем судови по правилу неће преиспитивати целисходност пословне одлуке коју је донела управа.<sup>1293</sup> У случају када је одређена пословна одлука донета у доброј вери и са дужном пажњом, а ипак се испостави да, не само да није донела успех компанији, већ јој је проузроковала штету, применом правила пословне процене биће искључена одговорност директора за губитак који је компанија претрпела.<sup>1294</sup> Правило пословне процене функционише по принципу правне претпоставке, јер када се покрене питање одговорности директора увек се претпоставља да је директор поступао савесно и у доброј вери, а на тужиоцу је да докаже супротно.<sup>1295</sup> Међутим, у теорији се сматра да суштина правила пословне процене није у наведеној претпоставци, већ правилу да суд не може да испитује целисходност одлуке управе, пре него што се оспори постојање елемената правила пословне процене. Ово схватање правила пословне процене је настало још у спору *Bodell v. Gen. Gas & Elec. Corp* из 1927. године, а данас се посебно наглашава.<sup>1296</sup> Дакле, правило пословне процене штити управу друштва од поштених грешака, јер не мора свака пословна одлука да буде успешна. Углавном се наводи да је правило пословне процене настало у 19. веку, али се могу наћи подаци и да је одређени вид овог правила настао још у 18. веку.<sup>1297</sup> Правило пословне процене има две сврхе.<sup>1298</sup> Прво, да подстакне пословну активност, јер уколико би свака погрешна одлука доводила до одговорности директора, тада би била угашена пословна иницијатива и

---

<sup>1293</sup> Вид. Mark A. Underberg, „Business Judgment Rule in Derivative Suits Against Directors“, *Cornell Law Review* Vol. 65, Iss. 4 1980, 600.

<sup>1294</sup> Richard W. Duesenberg, The Business Judgment Rule and Shareholders Derivative Suits: A View from the Inside, *Washington University Law Review*, Vol. 60, 1982, доступно на [адресу: http://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2258&context=law\\_lawreview](http://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2258&context=law_lawreview), 03.05.2017, 313.

<sup>1295</sup> Bernard S. Sharfman, „The importance of the business judgment rule“, *New York University Journal of Law & Business* Vol. 14, No. 1 2017, 48.

<sup>1296</sup> *Ibid.*, 29, 42.

<sup>1297</sup> G. Smith, 4-5.

<sup>1298</sup> R. Duesenberg, 314.

могућност напретка компаније. Друго, потреба да се судови уздрже од пословног одлучивања. У том смислу правило пословне процене је настало и као израз традиционалне тежње судова да се не мешају у унутрашње ствари компаније, јер су судови свесни специфичности процеса доношења пословних одлука.<sup>1299</sup>

На основу наведеног могу се разумети основни принципи функционисања и смисао правила пословне процене. Међутим, у практичној примени је било тешко дефинисати елементе правила пословне процене, а који би представљали критеријуме на основу којих би се процењивало да ли је одређена пословна грешка била „поштена“. У том погледу је потребно указати да у америчком праву у већини држава правило пословне процене није кодификовано,<sup>1300</sup> већ је развијано у судској пракси. Имајући у виду наведено, у судској пракси и литератури постоји спор, како о броју елемената правила, тако и о питању који сегмент правила је најзначајнији. Као елементи правила пословне процене се најчешће наводе савесност, адекватна информисаност, одсуство сукоба интереса, уверење да се поступа у најбољем интересу друштва.<sup>1301</sup> Сматра се да је традиционални појам правила пословне процене најпрецизније дефинисан у спору *Aronson v. Lewis* из 1984. године,<sup>1302</sup> где је суд правило дефинисао као претпоставку да су директори приликом доношења пословне одлуке били довољно информисани, затим да су поступали у доброј вери, као и у уверењу да је одлука у најбољем интересу друштва.<sup>1303</sup> Међутим, постоје мишљења да је увођење елемента информисаности било погрешно, јер је довело до првог случаја одговорности директора за повреду дужности пажње 1985. године у случају *Smith v. Van Gorkom*, што се потврђује тиме да је након доношења пресуде измењен закон и компанијама је дозвољено да искључе одговорност директора за повреду дужности пажње.<sup>1304</sup> Увођење елемента информисаности је у одређеним случајевима било проблематично и том смислу да је довело до закључака да је дужност пажње елемент правила пословне процене, а не самосталан институт, јер се информисаност сматрала као есенцијом дужности пажње.<sup>1305</sup> Међутим, иако постоје судске одлуке у којима се дужност пажње наводи као елемент правила пословне

---

<sup>1299</sup> J. Aronoff, 345-346.

<sup>1300</sup> Једна од ретких држава која је кодификовала правило је Калифорнија. Вид. Cal. Corp. Code § 309.

<sup>1301</sup> J. Величковић (2013), 79.

<sup>1302</sup> В. Радовић (2008а), 126.

<sup>1303</sup> G. Smith, 5.

<sup>1304</sup> В. Sharfman, 48.

<sup>1305</sup> Вид. М. Васиљевић (2011), 23-24.

процене, већинско мишљење је да је реч о два потпуно одвојена правна института, иако међу њима постоји „природна веза“.<sup>1306</sup> У прилог наведеном говори чињеница да ревидирани амерички МВСА, који у посебном члану под називом „Стандарди понашања директора“ (8.30) уређује, између осталог и дужност пажње, а у засебном члану (8.31) под називом „Стандарди одговорности директора“ правило пословне процене. У основи, правило пословне процене се схвата као процедурални аспект дужности пажње, јер се помоћу правила пословне процене може утврдити да ли је испољен захтевани степен пажње.<sup>1307</sup> Наиме, правило пословне процене не подразумева испитивање степена кривице, док се дужност пажње заснива управо на степеновању кривице.<sup>1308</sup> Уколико су испуњени услови за примену правила пословне процене, то ће у практичној примени значити да одлука није донета грубом непажњом, а самим тим да не постоји довољан степен кривице за заснивање одговорности.<sup>1309</sup> Отуда се сматра да меру одговорности директора не представља дужност пажње, већ правило пословне процене.<sup>1310</sup>

Веома битна карактеристика правила пословне процене јесте променљивост, јер је примену правила било неопходно прилагодити конкретним околностима на које се примењује.<sup>1311</sup> Из тог разлога се углавном говори о традиционалном или општем (о чему је до сада било речи)<sup>1312</sup> и о модификованом или посебном правилу пословне процене, које се примењује у само одређеним областима компанијског права, а једно од њих је деривативна тужба, о чему ће бити речи у наставку.

#### 1.4.2.1. Модификовано правило и деривативна тужба

Један од, за сада ретких, случајева када је пракса америчких судова развила

---

<sup>1306</sup> G. Smith, 6-7.

<sup>1307</sup> Управо овај сегмент правила је основ дилеме да ли је правило пословне процене питање материјалног или процесног права. Постоје различита схватања, али се чини као најисправније схватање да правило пословне процене има двоструку правну природу. Процесни аспект правила се односи на расподелу терета доказивања, док се материјално правни аспект односи на доказивање постојања елемената правила, који уколико се докажу доводе до искључења од одговорности директора. Вид. *Cede & Co. v. Technicolor, Inc.*, 634 A.2d 345, 361 (Del. 1993); *Ibid.*, 8.

<sup>1308</sup> Вид. G. Smith, 7.

<sup>1309</sup> B. Sharfman, 50-53.

<sup>1310</sup> J. Величковић (2013), 78.

<sup>1311</sup> R. Duesenberg, 311.

<sup>1312</sup> Вид. G. Smith, 4.

модификовано правило пословне процене је деривативна тужба.<sup>1313</sup> Правило пословне процене у поступку по деривативној тужби има двоструки значај, процесно правни и материјално правни. Процесно правни значај правила пословне процене се испољава у тренутку када суд испитује дозвољеност деривативне тужбе. Са друге стране, када није спорно да је деривативна тужба дозвољена, материјално правни значај правила пословне процене се испољава приликом одлучивања о основаности деривативне тужбе. Модификовано правило пословне процене је настало у односу на процесно правни значај правила у поступку по деривативној тужби, с обзиром на околност да се у америчкој судској пракси сматра да је одлука о покретању судског поступка уобичајена пословна одлука на коју се такође мора примењивати правило пословне процене.<sup>1314</sup>

Било је речи о томе да у америчком праву деривативна тужба може бити спречена одбијањем претходног захтева или давањем препоруке комисије за спорове да поступак по тужби не би требало наставити (у случају када је постојао изузетак од обавезе подношења претходног захтева). Међутим, суд по слободној оцени може дозволити наставак поступка по деривативној тужби уколико је применом правила пословне процене утврдио да је неосновано дат негативан одговор на претходни захтев, односно негативно мишљење комисије за наставак поступка. Модификовано правило пословне процене у поступку по деривативној тужби најизраженије је у случају када се тужилац позива на изузетак од обавезе подношења претходног захтева.<sup>1315</sup> У овом случају правило пословне процене је модификовано у два аспекта. Прво, у погледу терета доказивања, који у овом случају није на тужиоцу, већ на туженима (компанији) који морају да докажу да је одлука комисије донета у интересу компаније.<sup>1316</sup> Друго, судска пракса је развила такозвано сопствено правило пословне процене, на основу којег суд може додатно преиспитивати основаност одлуке комисије да се поступак по деривативној тужби не настави, иако су испуњени услови за примену традиционалног појма правила

---

<sup>1313</sup> Поред деривативне тужбе, модификовано правило пословне процене постоји у поступку непријатељског преузимања, у случају када управа друштва доноси одлуке о предузимању мера одбране. Вид. В. Радовић (2008а), 127-128.

<sup>1314</sup> R. Hamilton, 464.

<sup>1315</sup> *Ibid.*, 465, 550-551.

<sup>1316</sup> M. Sabshon, 947.

пословне процене.<sup>1317</sup> Разлог због којег је у овом случају дошло до поштравања правила пословне процене је тај да се у случају постојања изузетка од подношења претходног захтева сматра да комисија не може бити у потпуности независна и непристрасна, јер своју надлежност изводи од директора, за које се сумња да нису способни да донесу адекватну одлуку о претходном захтеву.<sup>1318</sup> Са друге стране, уколико је претходни захтев поднет друштву, тада се сматра да је члан друштва признао способност управе да правилно одлучи о претходном захтеву, из ког разлога не долази до промене правила о терету доказивања.<sup>1319</sup> Поред наведеног, у односу на случајеве када је поднет претходни захтев, судска пракса је сузила број елемената правила, у односу на елементе традиционалног облика правила пословне процене, те се може рећи да и у овом случају постоји модификовано правило, али у контексту ублажавања критеријума.<sup>1320</sup> О садржини модификованог правила у поступку примене деривативне тужбе биће речи у оквиру излагања о судском преиспитивању одлуке о претходном захтеву.

#### 1.4.2.2. Српско право

Теорија компанијског права сматра да је правило пословне процене у српском праву уређено у чл. 63 ЗПД, у оквиру дужности пажње, те да су елементи правила пословне процене следећи: 1) савесно извршавање послова, 2) извршавање послова са пажњом доброг привредника и 3) разумно уверење да се поступа у интересу друштва.<sup>1321</sup> Имајући у виду да је сходно наведеном схватању један од елемената правила пословне процене и дужност пажње (пажња доброг привредника), на сличан начин као и у америчком праву, у српском праву такође постаје споран однос дужности пажње и правила пословне процене, односно поставља се питање да ли је дужност пажње у српском праву самосталан институт или елемент правила пословне процене? Поред наведеног, примећује се да у изложеном схватању правила пословне процене, не наводи се адекватна информисаност, као један од најчешће поменутих елемената правила пословне процене у америчком праву (иако постоје мишљења да то није исправан приступ), те

---

<sup>1317</sup> Вид. *Zapata Corp. v. Maldonado* 430 A.2d 779 (Del. 1981).

<sup>1318</sup> C. Seitz, M. Sirkin, 313

<sup>1319</sup> J. Aronoff, 360.

<sup>1320</sup> *Auerbach v. Bennett* 419 N.Y.S.2d 920 (1979).

<sup>1321</sup> Вид. М. Васиљевић (2011), 22.

се поставља питање да ли адекватна информисаност у српском праву представља елемент правила пословне процене или саставни део дужности пажње, с обзиром на то да се такође наводи у чл. 63 ЗПД.

Систематским тумачењем чл. 63 ЗПД може се закључити да правило пословне процене и дужност пажње у српском праву представљају два одвојена, али функционално повезана института, као и да ЗПД, иако познаје правило пословне процене, садржи неадекватну формулацију овог института.

Наиме, у ЗПД правило пословне процене садржано је у чл. 63, али је регулисано одвојеним ставовима овог члана закона. У том погледу, у српском праву правило пословне процене је дефинисано у делу првог става и четвртим ставом чл. 63 ЗПД и састоји се од следећих елемената: 1) савесно поступање, 2) разумно уверење да се делује у најбољем интересу друштва и 3) заснивање поступања на информацијама и мишљењима лица стручних за одговарајућу област, а за која се разумно верује да су у том својству савесно поступала.<sup>1322</sup> Дакле, у српском праву правило садржи исте елементе као и традиционални облик правила пословне процене формиран у случају *Aronson v. Lewis*. Са друге стране, дужност пажње везана је искључиво за очекивани стандард понашања који је дефинисан у чл. 63 ст. 2 ЗПД. Имајући у виду конфузију која може настати у разумевању правила пословне процене у српском праву, у наредним изменама ЗПД требало би одвојено дефинисати правило пословне процене и дужност пажње, како је то учињено у МВСА (у оквиру одвојених чланова закона).<sup>1323</sup>

Потребно је указати да су у српском праву привредни судови до сада у веома ограниченом обиму препознали значај и сврху института правила пословне процене, те су веома ретке одлуке у којима се суд бавио овим институтом компанијског права (при чему судови не користе термин „правило пословне процене“, вероватно јер није наведен у закону). Тако на пример, у једном решењу којим је укинута првостепена пресуда другостепени суд је навео да је „суд пропустио да цени да ли је тужени своју процену засновао на информацијама и мишљењима стручних лица у смислу члана 32. ст. 2 ЗПД“.<sup>1324</sup> Сматра се да је један од разлога због којег судови до сада нису обратили пажњу на правило пословне процене вероватно чињеница да је у

---

<sup>1322</sup> Вид. Милош Спирић, „Правило пословне процене“, *Право и привреда* 4-6/2010, 204-205.

<sup>1323</sup> МВСА, § 8.30, 8.31.

<sup>1324</sup> Решење Привредног апелационог суда Пж – 8707/12.

одређеној мери у сукобу са основним постулатима одговорности за штету у европско–континенталним правним системима.

Додатно, када је реч о значају правила пословне процене у поступку по деривативној тужби у српском праву, потребно је указати да правило пословне процене не може имати процено правни значај, као што је то случај у америчком праву, јер не може бити примењено приликом испитивања дозвољености деривативне тужбе. Овај закључак се заснива на чињеници да у српском праву суд не може да преиспитује негативну одлуку о претходном захтеву, на начин како то може чинити суд у америчком праву. Отуда, правило пословне процене у поступку по деривативној тужби у српском праву може имати само материјално правни значај, из ког разлога правило пословне процене за сада није релевантно за саму деривативну тужбу, посматрано са процесног аспекта и самим тим не може бити анализирано у контексту института деривативне тужбе.

#### *1.4.3. Одредбе ЗПД (чл. 415 и друге одредбе)*

Приступ ЗПД да чак ни оправдано одбијање претходног захтева не може спречити подношење деривативне тужбе, може бити у колизији са другим одредбама закона, што доводи у питање оправданост тренутног уређења закона по питању могућности преиспитивања одлуке о претходном захтеву. Наиме, у одређеним околностима може се догодити да се друштво на непосредан или посредан начин већ изјаснило о потреби подношења тужбе против директора или других лица која могу бити тужена деривативном тужбом.

Наиме, већ је било речи о томе да је чл. 415 ЗПД прописано да се друштво може одрећи захтева за накнаду штете према директору и члану надзорног одбора акционарског друштва или члану надзорног одбора друштва са ограниченом одговорношћу, уколико је одлука о одрицању од захтева донета  $\frac{3}{4}$  већином гласова присутних чланова, под условом да се тој одлуци не успротиве чланови који поседују или представљају најмање 10% основног капитала друштва. Такође, могуће је да је друштво ратификовало повреду дужности забране сукоба интереса у складу са релевантним одредбама ЗПД.<sup>1325</sup>

С обзиром на околност да је о предметним одредбама ЗПД било речи у

---

<sup>1325</sup> ЗПД, чл. 66, 70.

оквиру излагања о органу друштва који може бити надлежан за одлучивање о претходном захтеву, потребно је напоменути да је у овом случају реч о околностима када већ постоји донета одлука друштва којом се друштво на посредан начин изјашњава о потреби покретања судског поступка. Са друге стране, у излагањима о органу друштва који може бити надлежан за одлучивање о претходном захтеву разматрана је ситуација када се друштво није изјаснило по овом питању, те је изнета анализа да ли би орган који је надлежан за одлучивање о одобрењу спорних радњи требало да буде надлежан и за одлучивање о претходном захтеву.

У том погледу, у пракси се може догодити да је захтев који је предмет претходног захтева већ разматран од стране друштва, те уколико је одређена спорна радња ратификована или се друштво одрекло захтева за накнаду штете, неспорно је да тада друштво сматра да нема потребе за покретањем одређеног судског поступка. У наведеним околностима, имајући у виду да ће претходни захтев бити поднет након доношења одлуке компаније, а која по правилу треба да доведе до одбијања претходног захтева, поступак по деривативној тужби ипак може бити покренут, јер негативна одлука о претходном захтеву, без обзира на којим разлозима се заснива не може спречити подношење деривативне тужбе. У наведеним околностима постаје спорно строго правило српског права да одбијање претходног захтева безусловно отвара пут подношењу деривативне тужбе, барем када је реч о ситуацијама у којима је друштво јасно изразило свој став по питању предмета потенцијалног тужбеног захтева деривативне тужбе. У том погледу, отвара се питање да ли у српском праву има места за измене правила о овлашћењу суда за преиспитивање основаности одлуке о претходном захтеву, јер у одређеним околностима покретање поступка по деривативној тужби може бити очигледно непотребно.

Имајући у виду да се деривативне тужбе у пракси не подносе, за сада није могуће утврдити да ли строго правило српског права о (не)могућности преиспитивања одлуке о претходном захтеву отвара пут подношењу неоснованих деривативних тужби. Уколико би се у пракси уочило да постојеће решење може довести до подношења неоснованих тужби, тада би било оправдано размотрити да ли у случају када постоје објективни разлози који конкретну деривативну тужбу чине непотребном исти треба да представљају препреку за подношење деривативне тужбе, у смислу да би негативна одлука о претходном захтеву спречавала наставак поступка по деривативној тужби. У овом случају било би неопходно успоставити



додатну надлежност суда за одлучивање о претходном захтеву, те би суд имао могућност да на основу негативне одлуке о претходном захтеву која се заснива на објективним критеријумима одбаци деривативну тужбу. Са друге стране, када би неоснованост деривативне тужбе била заснована на субјективним критеријумима (да ли је тужба у интересу друштва или не), чини се да наша судска пракса у наредном периоду свакако не би била у могућности да одлучује о овом питању.

#### 1.5. Врсте и правно дејство одлуке о претходном захтеву, рок за доношење одлуке

Након пријема претходног захтева орган надлежан за одлучивање о захтеву може поступити на три начина: (i) усвојити претходни захтев и поднети директну тужбу у законом прописаном року, (ii) одбити претходни захтев, што подразумева да друштво неће поднети директну тужбу, (iii) остати пасивно, у ком случају друштво није донело одлуку о претходном захтеву.<sup>1326</sup> Поред наведеног могуће је да друштво поднесе директну тужбу, али која по садржини није идентична претходном захтеву, јер не постоји субјективни или објективни идентитет директне тужбе и претходног захтева.

У српском праву једино одлука којом се усваја претходни захтев може имати обавезујуће дејство према члановима друштва који су поднели захтев на начин да спречава подношење деривативне тужбе. Међутим, обавезује дејство нема сама позитивна одлука о претходном захтеву, већ тужба која је поднета након прихватања претходног захтева. Наиме, може се догодити да орган надлежан за одлучивање о претходном захтеву донесе одлуку којом се претходни захтев усваја, али да директна тужба ипак не буде поднета у законом прописаном року. У том случају позитивна одлука о претходном захтеву није од значаја за право члана друштва на подношење деривативне тужбе и самим тим не може имати правно дејство процесне сметње за подношење деривативне тужбе, већ то дејство може имати само тужба поднета суду. Дакле, уколико члан друштва прими позитиван одговор друштва о претходном захтеву, правно дејство одлуке се огледа у виду постојања тренутне процесне сметње за подношење деривативне тужбе. Да ли ће позитивна одлука друштва о претходном захтеву постати трајна сметња за подношење деривативне тужбе зависи од тога да ли ће друштво заиста поднети

---

<sup>1326</sup> Вид. А. Scarlett (2008a), 596.

директну тужбу суду у законом прописаном року. Имајући у виду наведено, закључује се да у случају када друштво донесе позитивну одлуку о претходном захтеву, али не поднесе тужбу у законом прописаном року, наступају исте правне последице као и када друштво одбије захтев или остане пасивно. Наиме, пасивност друштва у погледу претходног захтева производи правно дејство протеком рока у којем је друштво имало могућност да поднесе тужбу, те протеком наведеног рока постају испуњене процесне претпоставке за подношење деривативне тужбе из ЗПД. Са друге стране, негативна одлука друштва о претходном захтеву тренутком пријема од стране члана друштва подразумева да су испуњене процесне претпоставке за подношење деривативне тужбе суду из ЗПД, при чему тренутак наступања испуњености ових процесних претпоставки може наступити и пре истека законом прописаног рока за достављање одговора друштва на претходни захтев.

Када је реч о законом прописаном року за одлучивање о претходном захтеву, а који има веома важну улогу у наступању правних дејстава одлуке о претходном захтеву, потребно је указати да ЗПД прописује различите рокове за одлучивање о претходном захтеву када је реч о деривативној тужби која се подноси због повреде посебних дужности и недозвољених плаћања акционарима и тужбе која се подноси ради искључења члана друштва са ограниченом одговорношћу. У првом случају, ЗПД у чл. 79 прописује да друштво треба да одлучи о претходном захтеву, као и да поднесе тужбу у року од 30 дана од дана пријема претходног захтева. У другом случају, ЗПД раздваја рок за одлучивање о претходном захтеву и рок за подношење деривативне тужбе суду, те у чл. 196 ст. 6 прописује да скупштина друштва о претходном захтеву треба да одлучи у року од два месеца од дана подношења захтева, а уколико буде донета позитивна одлука о претходном захтеву, друштво има додатни рок од 30 дана да поднесе деривативну тужбу суду. На основу наведеног се закључује да ЗПД прописује два правна режима деривативне тужбе, један општи из чл. 79 ЗПД и посебни који се односи само на тужбу ради искључења члана из друштва са ограниченом одговорношћу. Истовремено, ЗПД је раздвајањем рокова за одлучивање о претходном захтеву и подношење тужбе суду потврдио да процесну сметњу за подношење деривативне тужбе може имати само директна тужба која је поднета суду.

У односу на општи рок за одлучивање о претходном захтеву и подношење тужбе суду од 30 дана из чл. 79 ЗПД, потребно је указати да је рок веома кратак. У

америчком праву закони држава по правилу не прописују рок за одлучивање о претходном захтеву, али је пракса показала да период одлучивања о претходном захтеву може трајати и неколико месеци. Са друге стране МВСА прописује рок од 90 дана (§ 7.42), за који се сматра да представља минимум времена које треба оставити друштву за одлучивање о претходном захтеву. До закључка да је у српском праву прописан исувише кратак рок за одлучивање о претходном захтеву долази се на основу следећих чињеница. Најпре, имајући у виду да о претходном захтеву одлучују органи друштва, те да је за потребе одлучивања о претходном захтеву неопходно сазвати седницу одређеног органа друштва, рок од 30 дана некада неће бити довољан чак ни за сазивање седнице.<sup>1327</sup> При свему томе, потребно је имати у виду да до тренутка сазивања седнице органа друштва, неопходно је припремити материјал за седницу, као и предлог одлуке. Када се ове чињенице узму у обзир, може се закључити да је рок од 30 дана за одлучивање о претходном захтеву готово немогуће испоштовати, јер није могуће у датом року испитати претходни захтев и сазвати седницу органа (пре свега скупштине) у складу са законом. Такође, чак и да за одлучивање о претходном захтеву није потребно сазивање седнице органа, сам поступак испитивања претходног захтева некада ће изискивати значајно дуже време. У пракси је опште познато да када стручна лица врше одређене економске анализе, рад на анализи може потрајати неколико месеци. Имајући у виду наведено, стиче се утисак да ЗПД није придао на важности претходном захтеву као услову за подношење деривативне тужбе, те да је овај услов заиста сведен на пуку формалност. У том погледу, у будућим изменама закона је неопходно размотрити на који начин се може допринети значају претходног захтева као услова за подношење тужбе. Једно од могућих решења је свакако продужење рока за доношење одлуке о претходном захтеву. Поред наведеног, још једно решење може бити и скраћивање рокова за сазивање седнице скупштине друштва на којој би се одлучивало о претходном захтеву (под условом да се задржи надлежност скупштине за одлучивање, пре свега код друштва са ограниченом одговорношћу).

На крају, када је реч о случају када је друштво поднело директну тужбу, али која је по свом субјективном и објективном домену различита од претходног захтева, потребно је сходно применити правила о идентитету претходног захтева и деривативне тужбе, о чему ће бити речи у наредним излагањима.

---

<sup>1327</sup> Вид. ЗПД, чл. 365, 373.

## 1.6. Судска ревизија тока и исхода поступка по претходном захтеву

Судска ревизија исхода поступка по претходном захтеву може бити значајна само уколико је донета негативна одлука друштва. У том погледу, надлежност суда за преиспитивање одлуке о претходном захтеву условљена је претходним дефинисањем правног дејства негативне одлуке друштва. Наиме, суд може бити везан негативном одлуком друштва или може имати надлежност да дозволи наставак поступка по деривативној тужби, без обзира на постојање негативне одлуке друштва.

Уколико је негативна одлука друштва о претходном захтеву обавезујућа за суд, правно дејство негативне одлуке о претходном захтеву може бити структурирано на два начина. Прво, негативна одлука о претходном захтеву може представљати неотклоњиву препреку за подношење деривативне тужбе (за сада није познато да ли неко право прихвата ово решење). Друго, могуће је прописати обрнуто, односно да је негативна одлука друштва о претходном захтеву један од услова за подношење деривативне тужбе (као што је случај у српском праву).

Са друге стране, могуће је формирати правило сходно којем суд није везан негативном одлуком друштва о претходном захтеву, те самим тим има надлежност да преиспита негативну одлуку о претходном захтеву и након тога одлучи да ли ће дозволити наставак поступка по деривативној тужби. У овом случају, од суштинског значаја је дефинисање критеријума на основу којих суд преиспитује негативну одлуку о претходном захтеву.

### *1.6.1. Право САД*

У америчком праву негативна одлука о претходном захтеву није обавезујућа за суд, било да је реч о случају када је тужилац поднео претходни захтев друштву или је реч о случају када се тужилац позвао на изузетак од обавезе подношења претходног захтева, а након тога је комисија за спорове дала препоруку да не би требало наставити поступак по деривативној тужби. У оба случаја полазна тачка за преиспитивање негативне одлуке друштва од стране суда представља правило пословне процене, међутим, оно је у оба случаја модификовано, посматрано у односу на традиционално правило пословне процене. Ипак, модификација правила

пословне процене које се примењује у случају када се тужилац позвао на постојање изузетка од обавезе подношења претходног захтева је израженија и значајнија, у односу на случај када је тужилац поднео претходни захтев друштву.

По овом питању, Основни суд Делавера је 2015. године донео веома значајну одлуку у спору *Ironworkers District Council v. Andreotti*,<sup>1328</sup> у којој је објаснио разлику између критеријума преиспитивања негативне одлуке друштва у случају када је поднет претходни захтев друштву, у односу на случај када се тужилац позове на изузетак од обавезе подношења претходног захтева.

#### 1.6.1.1. Преиспитивање негативне одлуке друштва када је поднет претходни захтев

У случају када је тужилац поднео претходни захтев друштву, суд приликом преиспитивања негативне одлуке друштва примењује правило пословне процене које садржи ужи круг елемената у односу на традиционално правило пословне процене. Наиме, поменуто је да у случају када тужилац поднесе друштву претходни захтев, тада амерички судови сматрају да је тужилац прећутно признао независност и непристрасност већине чланова одбора директора и самим тим њихову способност да правилно одлуче о основаности претходног захтева.<sup>1329</sup> У наведеним околностима, суд одлуку о претходном захтеву посматра као и сваку другу пословну одлуку, по ком основу приликом преиспитивања одлуке полази од елемената традиционалног правила пословне процене.<sup>1330</sup>

У случају *Ironworkers District Council v. Andreotti* суд је потврдио схватање судова да одлука о покретању судског поступка представља само један вид пословне одлуке друштва, која је у искључивој надлежности управе друштва. Приликом доношења одлуке о покретању поступка управа узима у обзир различите критеријуме, а одлука да се поступак не покрене може бити легитимна чак и уколико је реч о спору за који је очигледно да ће бити окончан у корист друштва, уколико би вођење поступка било супротно легитимним интересима друштва.<sup>1331</sup> Имајући у виду наведено, задатак суда приликом преиспитивања негативне одлуке друштва о претходном захтеву јесте да утврди да ли је одлука донета у доброј вери

---

<sup>1328</sup> *Ironworkers District Council v. Andreotti*, No. 9714-VCG, доступно на адреси: [https://courts.delaware.gov/opinions/\(Inwswx45eocieo45fxqyk55\)/download.aspx?ID=223410](https://courts.delaware.gov/opinions/(Inwswx45eocieo45fxqyk55)/download.aspx?ID=223410).

<sup>1329</sup> T. Kinney, 177.

<sup>1330</sup> R. Hamilton, 551.

<sup>1331</sup> *Ironworkers District Council v. Andreotti*, 68.

и да ли је разумна, под чиме се подразумева процедурални аспект дужности пажње, односно адекватна информисаност управе приликом доношења одлуке.<sup>1332</sup> У основи питање је да ли је негативна одлука заснована на грубој непажњи, а не да ли је одлука добар пословни потез. Суд је посебно нагласио да је у овом случају терет доказивања на тужиоцима који морају да суду пруже доказе који ће створити разумну сумњу да управа није поступала у доброј вери и да није била довољно информисана.<sup>1333</sup> У односу на критеријум поступања у доброј вери суд је навео да је потребно да тужиоци докажу да је управа негативну одлуку донела са намером да оштети друштво или је била у потпуности равнодушна према могућности настанка штете за друштво.<sup>1334</sup> Иако је суд у овом поступку у основи примењивао традиционално правило пословне процене, оно је по својој садржини ипак сасвим јасно сужено на два елемента 1) поступање у доброј вери и 2) адекватну информисаност. Када је реч о трећем елементу, који уобичајено чини саставни део традиционалног појма правила пословне процене – интерес друштва, у овој одлуци суд је интерес друштва помињао као један од критеријума за утврђивање поступања у доброј вери.<sup>1335</sup> Поред наведеног, у случају када је тужилац поднео захтев друштву, због постојања претпоставке да је тиме признао подобност управе да одлучи о претходном захтеву, суд се не бави испитивањем постојања независности и непристрасности чланова одбора.<sup>1336</sup> Имајући у виду елементе правила пословне процене који се примењују приликом преиспитивања негативне одлуке друштва о претходном захтеву, може се рећи да правило у овом случају садржи мањи број елемената у односу на традиционално правило пословне процене, што се може тумачити као одређени степен ублажавања правила у случају деривативне тужбе којој је претходило подношење претходног захтева друштву. Међутим, иако тужиоци имају могућност да оспоре негативну одлуку управе, у пракси се ретко догађа да тужиоци могу да докажу чињенице на основу којих би суд одбио да примени правило пословне процене у односу на негативну одлуку управе о претходном захтеву. Сматра се да је овај исход последица околности да тужиоци немају приступ потребним информацијама, јер су посебна процесна правила о

---

<sup>1332</sup> *Ibid.*, 67.

<sup>1333</sup> *Ibid.*

<sup>1334</sup> *Ibid.*, 74.

<sup>1335</sup> *Ibid.*, 72.

<sup>1336</sup> R. Hamilton, 551.

достављању документације недоступна тужиоцима у овој фази поступка.<sup>1337</sup> Управо због наведеног, постојале су идеје да се терет доказивања постојања чињеница које указују да је одлука одбора исправна треба да буде на члановима одбора, јер они располажу потребним информацијама.<sup>1338</sup>

Коначно, уколико тужилац учини основаним сумњу да је одлука донета у доброј вери или на информисаној основи, тада се не претпоставља одговорност тужених, већ тужилац стиче право на наставак поступка по деривативној тужби, дакле обарање претпоставке нема материјално правно, већ процесно правно дејство.<sup>1339</sup>

#### 1.6.1.2. Преиспитивање негативне препоруке комисије када није поднет претходни захтев

За разлику од претходно наведеног, у случају када се чланови друштва позову на непостојање обавезе подношења претходног захтева, улога суда приликом испитивања дозвољености деривативне тужбе је доста сложенија. Тада суд на првом месту испитује да ли заиста постоји изузетак од обавезе подношења претходног захтева. Уколико суд утврди да постоји изузетак од обавезе подношења претходног захтева, надлежност суда за испитивање целисходности деривативне тужбе се не завршава, јер се тада углавном догађа да компанија (управа друштва) ангажује комисију за спорове која суду даје препоруку о томе да ли тужбу треба наставити у контексту постојања интереса привредног друштва за вођење поступка. Дакле, у овом случају суд има додатну надлежност у виду испитивања основаности негативне одлуке комисије. Како је било наведено, током 80-их година 20. века једно од најспорнијих питања које се појавило у пракси јесте да ли судови треба да се повинују негативној препоруци комисије, те уколико могу да преиспитују одлуку комисије, да ли то треба да учине само са процедуралног аспекта или и са аспекта меритума одлуке.<sup>1340</sup> На постављено питање америчка судска пракса до данас није дала коначан одговор, те и даље постоји тензија између два приступа која су настала осамдесетих година 20. века. Реч је о чувеним правилима која су формирана у спору *Auerbach v. Bennett* из 1979. године (настало у држави Њујорк) и *Zapata v.*

<sup>1337</sup> *Ibid.*; Вид. „Discovery in Federal Demand-Refused Derivative Litigation“, 1025-1044.

<sup>1338</sup> В. Савковић (2004), 55.

<sup>1339</sup> Вид. Случај *Ironworkers District Council v. Andreotti*, 69.

<sup>1340</sup> Вид. С. Murdock, 89.

*Maldonado* из 1981. године (настало у држави Делавер).<sup>1341</sup> У оба случаја судови су пошли од премисе да одлука о покретању судског поступка по својој природи представља пословну одлуку на коју се примењује правило пословне процене, али разлика постоји у критеријумима на основу којих се врши преиспитивање негативне одлуке комисије.

У предмету *Auerbach*<sup>1342</sup> суд је сматрао да, у односу на негативну одлуку комисије, има надлежност за испитивање три тачно одређена питања, а то су независност чланова комисије, да ли је одлука донета у доброј вери и на крају да ли је препорука заснована на адекватним информацијама.<sup>1343</sup> Уколико су наведени критеријуми задовољени суд не може да улази у мериторно разматрање негативне препоруке комисије.<sup>1344</sup> Дакле, суд је у овом случају само прецизирао традиционално правило пословне процене које се примењује у односу на преиспитивање негативне препоруке комисије.

Са друге стране у предмету *Zapata*<sup>1345</sup> суд је у великој мери одступио од традиционалног правила пословне процене, јер је формирао, како се обично наводи, двоструки тест који се примењује приликом преиспитивања негативне одлуке комисије за спорове. У првом кораку суд испитује постојање услова из *Auerbach* теста, те утврђује да ли је испуњен процедурални аспект одлучивања комисије, у смислу да ли је комисија била састављена од независних чланова, да ли је поступала у доброј вери и да ли су чланови комисије били довољно информисани приликом давања препоруке.<sup>1346</sup> Међутим, ипак постоји разлика између услова довољне информисаности чланова комисије између правила *Auerbach* и *Zapata*, која се састоји у следећем. Применом правила *Auerbach* суд испитује само врсту и обим документације која је коришћена током истраге, док не улази у садржину докумената. Са друге стране, применом правила *Zapata* суд мора да испитује

---

<sup>1341</sup> Т. Frankel, W. Barsky, 43; Т. Kinney, 180.

<sup>1342</sup> Правило је било прихваћено у многим државама: Вид. *Roberts v. Ala. Power Co.*, 404 So. 2d 629, 632 (Ala. 1981); *Desaigoudar v. Meyercord*, 108 Cal. App. 4th 173, 133 Cal.Rptr.2d 408, 418-19 (Cal. Ct. App. 2003); *Hirsch v. Jones Intercable, Inc.*, 984 P.2d 629, 637-38 (Colo. 1999); *Miller v. Bargaheiser*, 70 Ohio App. 3d 702, 591 N.E.2d 1339, 1343, 8 Anderson's Ohio App. Cas. 135 (Ohio Ct. App. 1990); *Atkins v. Hibernia Corp.*, 182 F.3d 320, 325 (5th Cir. 1999).

<sup>1343</sup> *Auerbach v. Bennett*, 47 N.Y.2d 619 (1979).

<sup>1344</sup> J. Cox (1982), 973.

<sup>1345</sup> Правило је било прихваћено у државама Конектикат, Џорџија, Ајова, Мериленд, Северна Каролина, Охајо и Вирџинија. Вид. A. Seebach, 7 фн. 37.

<sup>1346</sup> C. Murdock, 94.



садржину документације, као и да ли је квалитет информација био довољан за доношење исправне одлуке.<sup>1347</sup> Уколико нису испуњени критеријуми из првог корака, суд зауставља испитивање одлуке комисије и закључује да се препорука не може прихватити. Међутим, уколико одлука испуњава услове из првог корака, суд прелази у другу фазу преиспитивања негативне одлуке комисије. У другом кораку суд примењује сопствено правило пословне процене, када улази у мериторно преиспитивање одлуке комисије. Конкретно, у одлуци је наведено да у другом кораку суд може да испитује да ли је негативна препорука комисије у складу са садржином материјалног права, правним принципима, као и да ли је одлука у интересу друштва.<sup>1348</sup> Временом судска пракса је даље унапредила правило *Zapata*, на начин да је примена првог теста приликом испитивања препоруке комисије увек обавезна, док је примена другог дела теста на дискреционој одлуци суда. Други део теста суд примењује само уколико посумња да испуњавање критеријума из првог дела теста не одговара „духу“ правила, односно постоје основи за сумњу да примена само првог дела теста не би била у складу са принципом правичности.<sup>1349</sup> Такође, неколико година након доношења правила, судска пракса (у случају *Aronson*) је потврдила да се правило *Zapata* примењује само у случајевима када је претходни захтев изузет.<sup>1350</sup>

Поред наведених разлика, оба правила имају и један заједнички елемент, а односи се на терет доказивања, који је у оба случаја на туженима, односно члановима управе.<sup>1351</sup> До промене правила о терету доказивања долази из разлога јер када се чланови друштва позову на изузетак од обавезе подношења претходног захтева више нема места претпоставци о подобности управе за одлучивање о томе да ли је деривативна тужба у интересу привредног друштва.<sup>1352</sup> У том погледу потребно је напоменути да је суд је у предмету *Zapata* указао на то да чак и у околностима када постоји сумња у пристрасност чланова управе, управа и даље

---

<sup>1347</sup> Вид. J. Cox (1982), 982 фн. 89.

<sup>1348</sup> *Zapata Corp. V. Maldonado*, 430 A.2d 779, 783 (Del. 1981); J. Aronoff, 361.

<sup>1349</sup> Вид. *London v. Tyrrell*, С.А. No. 3321-CC (Del. Ch. 2010), 29, доступно на адреси: <https://courts.delaware.gov/opinions/download.aspx?ID=135110>.

<sup>1350</sup> R. Hamilton, 465.

<sup>1351</sup> J. Cox (1982), 976; C. Murdock, 92.

<sup>1352</sup> У овом случају судови су аналогно применили правила о пословима са личним интересом, где уколико дође до оспоравања правног посла, на директору је терет доказивања да је посао у интересу компаније. Вид. Jesse H. Choper, John C. Coffe, Ronald J. Gilson, *Cases and Materials on Corporations*, Aspen Publishers, Inc, New York 2000<sup>5</sup>, 826.

задржава надлежност за одлучивање о деривативној тужби, што укључује и могућност ангажовања комисије. Када се тужиоци позову на изузетак од обавезе подношења претходног захтева управа своју надлежност може да испољи управо формирањем комисије која даје препоруку о томе да ли је тужба у интересу друштва.<sup>1353</sup> Међутим, с обзиром на то да у датим околностима постоји сумња у пристрасност чланова управе неопходно је било изменити правило о терету доказивања. Поред наведеног, додатно објашњење разлога који је довео до промене правила о терету доказивања јесте околност да чланови комисије располажу већом количином релевантних информација у односу на тужиоце.<sup>1354</sup>

Одлука суда у предмету *Zapata* је доста критикована, јер се сматрало да је суд неосновано модификовао традиционално правило пословне процене.<sup>1355</sup> Судови који су одбијали примену правила *Zapata* углавном су истицали да је тиме компанија била лишена сваке могућности да се заштити од непотребних тужби, као и да је други степен тешко применити, јер нису јасни елементи правила пословне процене суда.<sup>1356</sup> Са друге стране, они који су се залагали за примену *Zapata* теста указивали су да је суд у овом предмету препознао основни проблем који постоји код тужби против директора друштва, а то је урођена пристрасност чланова комисије према туженом, чак и уколико чланови комисије испуњавају све критеријуме независности.<sup>1357</sup> Тачније, сматра се да је суд једини субјект који може бити објективан и непристрасан да оцени да ли је тужба у интересу друштва. Са друге стране, постојале су и критике правила *Auerbach* у смислу да се на основу овог правила судови у великој мери ослањају на мишљење комисије, што се не може прихватити као добро решење, управо због урођене пристрасности чланова комисије.<sup>1358</sup>

У литератури компанијског права, али и стручној јавности се углавном указује да иако правила *Auerbach* и *Zapata* на први поглед делују као дијаметрално супротна, ова правила су настала у различитим контекстима. Наиме, правило

---

<sup>1353</sup> *Ibid.*, 823.

<sup>1354</sup> M. Sabshon, 955 фн. 93.

<sup>1355</sup> C. Murdock, 94; M. Sabshon, 958.

<sup>1356</sup> Вид. *In re United Health Group Inc. Shareholder Deriv. Litig.*, 2008 (Minn. S.Ct. Aug. 14, 2008), доступно на адреси: <http://www.law.du.edu/documents/corporate-governance/governance-cases/unitedhealth-group-in-re.pdf>.

<sup>1357</sup> C. Murdock, 102.

<sup>1358</sup> T. Kinney, 181.

*Auerbach* је настало у спору по тужби због повреде дужности пажње, док је правило *Zapata* настало у поступку по тужби због повреде дужности лојалности.<sup>1359</sup> Отуда је указано да проширење надлежности суда у предмету *Zapata* није у тој мери изненађујуће како се обично указује.

У случају када је предмет спора повреда дужности пажње суд треба да утврди да ли је исход одређене пословне одлуке узрокован недовољном пажњом или лошом срећом. С обзиром на околност да судови нису обучени за доношење пословних одлука, њихов задатак у случају деривативне тужбе због повреде дужности пажње треба да се ограничи на процедурални аспект дужности пажње, односно на примену традиционалног правила пословне процене, на основу чега се закључује да судови не могу улазити у меритум одлуке.<sup>1360</sup> Дакле, уколико се одлука комисије односи на испитивање услова за наставак поступка по деривативној тужби због повреде дужности пажње, тада је примена *Auerbach* теста, односно само првог корака из правила *Zapata* оправдана. У том смислу дате су препоруке да и судови државе Делавер код деривативне тужбе због повреде дужности пажње примењују само први део теста правила *Zapata*, с обзиром на то да имају право да испитивање ограниче само на примену првог дела теста.<sup>1361</sup>

Са друге стране, уколико се деривативна тужба односи на повреду дужности лојалности, када по правилу постоји одређени лични интерес туженог, тада су околности знатно другачије, јер је суд, а не управа друштва, традиционално надлежан да одлучи да ли постоји повреда дужности лојалности.<sup>1362</sup> Имајући у виду наведено, закључује се да када је реч о повреди дужности лојалности постоји оправдање за модификовање правила пословне процене, јер је измена правила пословне процене само рефлексија иначе неспорне надлежности суда за одлучивање о повреди дужности лојалности.

Међутим, постоје и мишљења да није оправдано да се критеријуми које суд примењује прилагођавају предмету тужбеног захтева, јер то некада неће бити могуће или од помоћи,<sup>1363</sup> осим тога поставља се питање да ли суд у овој фази поступка на тај начин треба да улази у меритум спора. Поред наведеног,

---

<sup>1359</sup> С. Murdock, 96.

<sup>1360</sup> *Ibid.*, 98.

<sup>1361</sup> Вид. *Ibid.*, 113.

<sup>1362</sup> *Ibid.*, 98.

<sup>1363</sup> Вид. Т. Frankel, W. Barsky, 52.

разликовање критеријума за преиспитивање негативне одлуке комисије према врсти повреде дужности може бити проблематично, јер у већини случајева када је повређена дужност пажње тужилац неће моћи да се позове на изузетак од обавезе подношења претходног захтева,<sup>1364</sup> па самим тим суд неће примењивати модификовано правило пословне процене (дакле, чак ни *Auerbach* тест). Поред наведеног, оправдавање правила *Zapata* чињеницом да је реч о повреди дужности лојалности, није у потпуности разумљиво, јер у овом случају суд ће меритум одлуке комисије испитивати само уколико је испуњен први део теста, односно уколико суд оцени да је комисија довољно независна. Са друге стране, уколико суд оцени да комисија није довољно независна, препорука се одбацује и суд не може улазити у меритум одлуке комисије, чак ни када је реч о повреди дужности лојалности. Имајући у виду наведено, постоје мишљења да када је реч о повреди дужности лојалности чак ни правило *Zapata* није адекватно, јер ипак може спречити да суд испољи своју традиционалну надлежност у односу на повреду дужности лојалности, односно у овом случају се сматра да би суд увек када је предмет тужбе повреда дужности лојалности требало да улази у меритум одлуке комисије, независно од исхода примене првог дела теста.<sup>1365</sup>

На тај начин се закључује да се разлике између правила *Auerbach* и *Zapata* ипак не могу објаснити природом повреда које су у овим случајевима дале повод за тужбе. Поред наведеног, још једно од објашњења због чега је суд у случају *Zapata* увео други део теста јесте да се тиме желело постићи превентивно деловање, односно да ће због могућности судског преиспитивања одлуке комисије, компаније настојати да за чланове комисије бирају заиста независна лица.<sup>1366</sup>

### 1.6.1.3. Преиспитивање негативне одлуке скупштине друштва

Теорија сматра да је питање дејства негативне одлуке скупштине друштва и могућност њеног преиспитивања од стране суда знатно сложеније у односу на случај када о претходном захтеву одлучује одбор директора, јер по природи ствари скупштина друштва ужива већи ауторитет.<sup>1367</sup> У мањем броју америчких држава,

---

<sup>1364</sup> T. Kinney, 187.

<sup>1365</sup> C. Murdock, 96.

<sup>1366</sup> Thomas P. O'Malley, „The Zapata Two-Step-Will Corporations March Out of Delaware?: Zapata Corp. V. Maldonado“, *St. John's Law Review* Vol. 55, No. 4 1981, 768.

<sup>1367</sup> Вид. „Demand on Directors and Shareholders As a Prerequisite to a Derivative Suit“, 760.

чија права захтевају подношење претходног захтева скупштини друштва, постоји различита судска пракса по питању везаности суда одлуком скупштине. Поједини судови сматрају да је суд везан негативном одлуком скупштине, те да деривативну тужбу треба одбацити уколико се скупштина изјасни да одбија претходи захтев. Као пример овог схватања судова углавном се наводи случај *S. Solomon & Sons Trust v. New England Theatres Operating Corp* из 1950. године.<sup>1368</sup> Овај став су углавном прихватили судови који су као основ надлежности скупштине друштва за одлучивање о претходном захтеву примењивали теорију пословног одлучивања.<sup>1369</sup> Са друге стране, чини се да је већинско схватање да суд није везан негативном одлуком скупштине о претходном захтеву. Као пример овог схватања обично се наводи случај *Rogers v. American Can Co.* из 1962. године.<sup>1370</sup> Судови су најпре сматрали да негативна одлука скупштине није обавезујућа уколико скупштина нема надлежност да ратификује оспорену одлуку. Поред немогућности ратификације, додатни основ да негативна одлука скупштине друштва не спречава подношење деривативне тужбе је потреба заштите права појединачних чланова друштва да санкционишу кршење закона од стране других појединаца унутар компаније.<sup>1371</sup> Ипак, теорија сматра да ниједан од наведених оправдања правног дејства негативне одлуке скупштине друштва о претходном захтеву није у потпуности прихватљиво, при чему сматра да негативна одлука скупштине друштва треба да има једнако правно дејство као и одлука одбора директора, те да уколико је одлука донета од стране већине независних чланова, на основу довољно информација, негативна одлука би ипак требало да спречи подношење деривативне тужбе.<sup>1372</sup> Међутим, по овом питању теорија се не бави кључним питањима, а то су који критеријуми се примењују приликом преиспитивања негативне одлуке скупштине и да ли се у односу на скупштину друштва прави разлика између ситуације када је претходни захтев изузет, у односу на ситуацију када су чланови друштва поднели претходни захтев скупштини друштва.

---

<sup>1368</sup> D. Fischel, 201; D. DeMott, 479.

<sup>1369</sup> D. Fischel, 201; D. DeMott, 479.

<sup>1370</sup> D. Fischel, 202; D. DeMott, 479.

<sup>1371</sup> D. Fischel, 202.

<sup>1372</sup> *Ibid.*, 203.

#### 1.6.1.4. Српско право

За разлику од америчког права, у српском праву суд нема надлежност да преиспитује негативну одлуку друштва о претходном захтеву, из ког разлога оцена суда о разлозима на којима се заснива негативна одлука о претходном захтеву није правно релевантна. Дакле, негативан одговор друштва о претходном захтеву не може представљати процесну сметњу за подношење деривативне тужбе, већ напротив негативна одлука о претходном захтеву у српском праву, по самом закону, представља изричит услов и процесну претпоставку за подношење деривативне тужбе. У том погледу улога суда у контексту преиспитивања тока и исхода поступка по претходном захтеву се своди на утврђивање чињенице да ли је тужилац поднео уредан захтев друштву и да ли је након подношења претходног захтева друштво поднело тужбу.

Ипак, могућност да суд узме у обзир разматрање навода негативне одлуке није у потпуности искључена. Наиме, уколико је друштво донело негативну одлуку о претходном захтеву, не постоји препрека да се тужени позову на одлуку надлежног органа друштва, у контексту доказивања, а самим тим и да суд приликом мериторног одлучивања узме у обзир наводе одлуке друштва. Дакле, негативна одлука друштва о претходном захтеву у српском праву не може да доведе до одбацивања тужбе, али би у одређеним околностима могла да представља усмерење за доношење одбијајуће пресуде.

#### 1.7. Субјективни и објективни идентитет претходног захтева и деривативне тужбе

Субјективни и објективни идентитет претходног захтева и деривативне тужбе која је поднета суду је веома значајно питање за практичну примену деривативне тужбе. Наиме, у пракси се може догодити да је деривативна тужба поднета од стране члана друштва који испуњава законом прописани капитал цензус, али на основу претходног захтева који је поднео други члан друштва. На исти начин, могуће је да деривативном тужбом буде тужено лице које није као потенцијални тужени означено у претходном захтеву (субјективни идентитет). У погледу објективног идентитета поставља се питање да ли тужбом може да се обухвати повреда која није била предмет претходног захтева.

Однос идентитета претходног захтева и садржине деривативне тужбе се

своди на питање испуњености услова за подношење деривативне тужбе суду, односно постојања активне легитимације тужиоца за подношење деривативне тужбе. Наиме, уколико постоји разлика између садржине претходног захтева и деривативне тужбе која је поднета суду, спорно је да ли тужилац има активну легитимацију за истицање тужбеног захтева који се разликује од навода претходног захтева. Код овог питања уочава се значај садржине претходног захтева, односно које битне елементе сваки претходни захтев треба да садржи.

Дефинисање међусобног односа садржине претходног захтева и садржине деривативне тужбе, не би требало да буде предмет закона, већ судске праксе. У том смислу препорука је да се захтева апсолутни идентитет субјективних елемената претходног захтева и деривативне тужбе. Дакле, деривативну тужбу може поднети само лице које је наведено као подносилац претходног захтева, а против лица које је као потенцијално тужени означен у захтеву. Уколико је у периоду између подношења претходног захтева друштву и подношења тужбе суду дошло до промене власника акција или удела, требало би применити иста правила као и у случају да је поступак већ покренут, о чему ће бити речи у оквиру процесно правне анализе деривативне тужбе. Имајући у виду наведено потребно је напоменути да је у образложењу члана МВСА којим се уређује претходни захтев наведено да деривативну тужбу може поднети и други члан друштва, а не само члан који је поднео претходни захтев друштву,<sup>1373</sup> међутим овај приступ не би требало прихватити у српском праву, барем у овом тренутку.

Са друге стране, потребно је да постоји релативни идентитет између садржине предмета претходног захтева и садржине деривативне тужбе. Наиме, деривативном тужбом може бити обухваћен само животни догађај који је био предмет претходног захтева, али би требало дозволити да наводи тужбе буду детаљнији у односу на претходни захтев, па чак и доведени у контекст са неким другим догађајима, ако је јасно да се на основу тих других догађаја сада не истиче додатна правна последица која није била обухваћена претходним захтевом. На исти начин би требало поступити и у односу на правну последицу која се тужбом захтева, односно деривативном тужбом би се могла захтевати само правна последица која је била захтевана претходним захтевом, уз право члана да деривативном тужбом прецизира сам захтев (последње наведено је могуће само код захтева за накнаду

---

<sup>1373</sup> МВСА, § 7.42.

штете). У супротном, уколико би се битно одступило од идентитета садржине претходног захтева и садржине деривативне тужбе, могло би доћи до одређених злоупотреба и фактички изигравања института претходног захтева.

Када је реч о проблему идентитета претходног захтева и деривативне тужбе, у претходним излагањима поменуто је да идентичан проблем може постојати у међусобном односу директне тужбе и претходног захтева. Наиме, могуће је да друштво поднесе директну тужбу, али да тужбом обухвати другог туженог или да тужбом захтева другачију правну последицу у односу на ону која је тражена претходним захтевом. На пример, захтевом је тражено да се тужба поднесе ради накнаде штете у износу од 5.000 ЕУР, а директном тужбом се захтева накнада штете у износу од 3.000 ЕУР, или се тужба поднесе само против једног туженог, од неколико њих који су били обухваћени претходним захтевом. У наведеној ситуацији идентитет директне тужбе и претходног захтева би требало посматрати на начин да ли је директном тужбом тражено више или мање у односу на предмет претходног захтева. Уколико је директном тужбом обухваћен још један тужени, или је захтеван већи износ штете или уопште додатна правна последица у односу на претходни захтев, требало би сматрати да је друштво поступило по претходном захтеву и да је самим тим деривативна тужба недозвољена. Са друге стране, уколико је директном тужбом захтевано мање у односу на субјективни и објективни идентитет претходног захтева, тада би требало дозволити да члан друштва који је поднео претходни захтев, деривативном тужбом потражује онај део субјективног или објективног идентитета претходног захтева који није укључен у поступак по директној тужби. Као и у претходном случају не би требало инсистирати на апсолутном идентитету претходног захтева и директне тужбе, јер то не би било одрживо, нити целисходно решење.

#### 1.8. Обавештење друштва о поднетој тужби

ЗПД не прописује обавезу тужиоца да друштво обавести о подношењу деривативне тужбе. Имајући у виду да у српском праву друштво није странка у поступку, може се догодити да, иако се у једном судском поступку расправља о праву друштва, друштво нема сазнања о постојању тужбе, све до касније фазе поступка када учешће друштва буде неопходно у фази извођења доказа (на пример,



финансијског вештачења или достављања суду на увид одређене документације). Имајући у виду наведено може се размотрити увођење обавезе тужиоца да у одређеном року обавести друштво о подношењу деривативне тужбе, међутим чини се да ова потреба не постоји у правима која прописују безусловну обавезу подношења претходног захтева друштву, као што је случај са српским правом. У америчком праву такође не постоји обавеза обавештавања друштва о поднетој тужби, с обзиром на околност да друштво има статус странке (туженог), те ће у том својству свакако бити обавештен о тужби.

Имајући у виду све наведено, као закључак може се рећи да обавештавање друштва о поднетој тужби може бити значајно само у околностима када не би постојала обавеза подношења претходног захтева, а при томе друштво није ни странка у поступку. На пример, енглески Закон о парничном поступку прописује да је тужилац у обавези да друштво обавести о покретању поступка ради давања одобрења за наставак поступка по деривативној тужби, у коме оно још увек није странка,<sup>1374</sup> јер без тога друштво тешко да би могло да стекне сазнања о започињању поступка. У свим другим ситуацијама, не види се практични или суштински значај за обавештавање друштва о поднетој тужби.

---

<sup>1374</sup> Правило 19.9 А (4), (6).

## ГЛАВА II

### ПОСТУПАК ПРЕД ПАРНИЧНИМ СУДОМ

#### 1. Деривативна тужба и правила парничног поступка

У овом делу рада биће дата анализа деривативне тужбе са аспекта теорије грађанско процесног права, као и анализа основних питања која могу бити спорна у току парничног поступка по деривативној тужби. У уводним излагањима је поменуто да деривативна тужба до сада није била предмет интересовања теорије грађанско процесног права, вероватно јер се традиционално схвата као институт компанијског права. Имајући у виду наведено, основни циљ и сврха наредних излагања јесте формирање основа процесно правне анализе деривативне тужбе у српском праву, а која ће се у будућности сигурно надограђивати. У том погледу биће анализиран однос деривативне тужбе и (општих) правила парничног поступка, у оном делу у којем специфичности деривативне тужбе указују да је потребно формирати другачија правила поступка или другачије тумачити постојећа правила, посматрано у односу на ток парничног поступка који се води по редовним тужбама. Анализа односа општих института парничног поступка и деривативне тужбе засниваће се на постојећем стању теорије процесног права, без изношења критичке анализе основних појмова, уз постојање одређених изузетака.

#### 1.1. Субјекти парничног поступка

Полазећи од опште дефиниције и поделе субјеката парничног поступка<sup>1375</sup> неспорно је да су главни субјекти у поступку по деривативној тужби суд и парничне странке, евентуално умешач, те код овог питања не постоје одступања у односу на остале тужбе. Када је реч о споредним субјектима, у поступку по деривативној тужби такође се могу појавити и други учесници које познаје Закон о парничном поступку (у даљем тексту: ЗПП).

Ипак, код субјеката парничног поступка у поступку по деривативној тужби постоје две специфичности, у оба случаја само у односу на главне парничне субјекте. Прва специфичност се односи на положај привредног друштва у поступку.

---

<sup>1375</sup> Вид. А. Јакшић, 171; В. Ракић Водинелић, Б. Познић, 56.

Наиме, деривативном тужбом се штити искључиво право привредног друштва, а не чланова друштва који су поднели тужбу. Имајући у виду наведено потребно је дефинисати процесни положај друштва у поступку, односно одговорити на питање да ли друштво може имати статус главног учесника у парничном поступку (странке или умешача). Друга специфичност се односи на институт умешача на страни тужиоца, јер ЗПД прописује услове за ступање у поступак по деривативној тужби у својству умешача на страни тужиоца, који одступају од општих правила прописаних ЗПП.

### *1.1.1. Надлежност суда (стварна и месна)*

Општа теорија грађанско процесног права разликује стварну,<sup>1376</sup> месну<sup>1377</sup> и функционалну надлежност суда.<sup>1378</sup>

Када је реч о стварној надлежности суда, на основу чл. 25 ст. 1 тач. 3) Закона о уређењу судова проистиче да је за одлучивање о деривативној тужби увек надлежан привредни суд. Наиме, овим чланом закона је прописано да привредни суд у првом степену суди, између осталог, у споровима који произлазе из примене ЗПД. Полазећи од наведене одредбе закона, затим чињенице да је деривативна тужба (персонални и материјални домен примене) регулисана искључиво ЗПД, стварна надлежност привредног суда за одлучивање о деривативној тужби не може бити спорна. На релевантне одредбе закона о стварној надлежности суда у поступку по деривативној тужби је потребно указати из разлога, јер ће странке у поступку, по правилу, бити физичка лица, како на страни тужиоца, тако и на страни туженог, те би у одсуству посебне регулативе Закона о уређењу судова постојала стварна надлежност основног или вишег суда.

Месна надлежност суда у поступку по деривативној тужби је регулисана чл. 7 ЗПД, којим је прописано да је за суђење у поступцима покренутим у складу са овим законом надлежан суд према седишту привредног друштва, осим уколико

---

<sup>1376</sup> Вид. Б. Познић, В. Ракић Водинелић, 121. Проф. Познић наводи и надлежност по врсти суда, коју треба разликовати од стварне надлежности, иако закључује да се у основи надлежност по врсти суда своди на стварну надлежност. Надлежност по врсти суда односи се на поделу надлежности између редовних судова и судова посебних надлежности. Б. Познић (1986), 95.

<sup>1377</sup> Б. Познић, В. Ракић Водинелић, 121.

<sup>1378</sup> *Ibid.*

овим законом није предвиђена месна надлежност неког другог суда. Имајући у виду наведено, у односу на месну надлежност суда у поступку по деривативној тужби може бити спорно да ли чл. 7 ЗПД прописује искључиву месну надлежност суда и последично да ли је у поступку по деривативној тужби дозвољен споразум о месној надлежности.

ЗПП разликује појам опште и посебне месне надлежности,<sup>1379</sup> док теорија грађанско процесног права познаје и поделу посебне месне надлежности на искључиву, изборну и помоћну.<sup>1380</sup> Општа месна надлежност постоји за сваки спор у односу на који закон није прописао искључиву месну надлежност, нити су странке закључиле споразум о месној надлежности.<sup>1381</sup> Искључива месна надлежност постоји када закон прописује да о конкретном спору може одлучити само одређен месно надлежан суд.<sup>1382</sup> Изборна месна надлежност постоји када је законом прописано да странка може изабрати да ли ће тужбу поднети суду опште месне надлежности или другом месно надлежном суду одређеног законом.<sup>1383</sup> Помоћна месна надлежност постоји када закон одређује месну надлежност суда за случај да не постоји општа месна надлежност.<sup>1384</sup>

Питање да ли чл. 7 ЗПД прописује искључиву месну надлежност суда није само од теоријског, већ првенствено практичног значаја, јер је чл. 65 ст. 1 ЗПП прописано да се странке могу споразумети о месној надлежности првостепеног суда само уколико законом за конкретан спор није прописана искључива месна надлежност суда. У том погледу, може бити спорно да ли, на пример, друштво у уговору са директором може уговорити месну надлежност неког другог суда, а не суда где се налази седиште друштва. Анализом садржине чл. 7 ЗПД, а затим и садржине одредби ЗПП којима се уређује месна надлежност суда закључује се да ЗПД не прописује искључиву месну надлежност суда у привредним споровима из домена примене ЗПД. Овај закључак се заснива на два аргумента. Први аргумент јесте да ЗПД у чл. 7 не помиње реч *искључива* надлежност, коју ЗПП увек садржи када прописује ову врсту месне надлежности. Други аргумент јесте да сам чл. 7 ЗПД

---

<sup>1379</sup> Вид. ЗПП, чл. 38-61.

<sup>1380</sup> Б. Познић (1986), 104.

<sup>1381</sup> *Ibid.*

<sup>1382</sup> *Ibid.*

<sup>1383</sup> *Ibid.*

<sup>1384</sup> *Ibid.*

упућује да у одређеним споровима који проистичу из тог закона може постојати месна надлежност другог суда, уколико је то ЗПД прописано (иако ЗПД не садржи додатне одредбе о месној надлежности). Овај аргумент може бити оспорен чињеницом да месна надлежност из чл. 7 ЗПД може бити измењена само законском одредбом, а не одлуком тужиоца, што би могло указивати да је реч о искључивој месној надлежности. Међутим, имајући у виду да чл. 7 ЗПД не говори о искључивој месној надлежности не може се оправдати тумачење да на основу језика одредбе проистиче да је у питању искључива месна надлежност. У том погледу, како чл. 7 ЗПД није прописана искључива месна надлежност суда, странке се могу споразумети о месној надлежности привредног суда за одлучивање о било ком спору који проистекне из ЗПД, укључујући и спор по деривативној тужби.<sup>1385</sup>

Међутим, уколико чл. 7 ЗПД не прописује искључиву месну надлежност, поставља се питање о којој врсти месне надлежности је реч. Најприхватљивије тумачење јесте да је реч о општој месној надлежности за привредне спорове из ЗПД, те да одредба чл. 7 ЗПД представља додатак у односу на одредбе о општој месној надлежности из ЗПП. До наведеног закључка се долази на основу чињенице да одредба о месној надлежности из чл. 7 ЗПД не испуњава услове из теоријских дефиниција посебне надлежности. Наиме, с обзиром на то да није реч о искључивој месној надлежности, као ни помоћној надлежности, у обзир за разматрање једино долази изборна месна надлежност. Међутим, да би могла постојати изборна месна надлежност потребно је да се испуне два услова. Први је да постоји прописана општа месна надлежност у односу на коју одређена одредба може представљати основ за постојање изборне месне надлежности и друго да тужилац по сопственом избору може да се определи за одредбу о општој надлежности или да месну надлежност суда заснује на другој одредби закона. У конкретном случају, нису испуњени наведени услови, јер у односу на чл. 7 ЗПД не постоји одредба о општој месној надлежности, у односу на коју би чл. 7 ЗПД могао да се сматра одредбом о изборној месној надлежности. На тај начин се закључује да је чл. 7 ЗПД прописао

---

<sup>1385</sup> Исто питање поставило се у хрватском праву, где су судови изнели тумачење да није реч о искључивој месној надлежности. У овом случају дато је схватање да је реч о „парцијалној општој месној надлежности“. Вид. S. Aras Kramar, 17-19. За схватање да у српском праву такође није реч о искључивој месној надлежности вид. Мирко Васиљевић, „Arbitrability Ratione Materiae in Company Law”, *Зборник реферата – Преобликовање граница арбитрабилности: да ли напредујемо? Међународна конференција 6-7. октобар 2017. године*, Стална арбитража при Привредној комори Србије 2017, 76-92.

додатну одредбу о општој месној надлежности, те околност да се тренутно месна надлежност суда у привредним споровима који проистичу из ЗПД одређује само на основу чл. 7 ЗПД је последица чињенице да ЗПД није прописао одредбе о изборној месној надлежности, у односу на општу месну надлежност из чл. 7 ЗПД, а не последица чињенице да чл. 7 ЗПД прописује искључиву месну надлежност у привредним споровима који проистичу из ЗПД. Дакле, тумачење да чл. 7 ЗПД прописује искључиву месну надлежност се заснива на погрешном разумевању односа опште и посебне месне надлежности суда.

Такође, потребно је указати да чл. 7 ЗПД може бити значајан и за одређивање међународне надлежности домаћег суда за одлучивање о споровима из ЗПД, што је посебно значајно за деривативну тужбу, јер су чланови управе или самог друштва неретко страни држављани. Наиме, у случају деривативне тужбе поставља се питање да ли би међународну надлежност суда требало ценити према врсти тужбеног захтева (на пример, накнада штете или поништај уговора), који се истиче у поступку, у ком случају би се међународна надлежност суда за одлучивање о деривативној тужби ценила према одредбама Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља.<sup>1386</sup> Са друге стране, чињеница да је реч о деривативној тужби може бити и тумачена на начин да је реч о поступку за који Законом о решавању сукоба закона са прописима других земаља није уређена међународна надлежност суда за ову врсту спора. У пракси је вероватно да би се судови определили за прво тумачење (у ком случају може бити спорна међународна надлежност суда за тужбу ради искључења члана друштва са ограниченом одговорношћу против туженог који је страни држављанин). Имајући у виду потешкоће које може изазвати примена првог тумачења, прихватљивије је да се приликом одређивања међународне надлежности суда деривативна тужба посматра као целина, без улажења у предмет тужбеног захтева, у односу на коју закон изричито не уређује међународну надлежност суда. На тај начин, применом чл. 26 ЗПП, дошло би се до закључка да постоји (међународна) надлежност српског суда за одлучивање о деривативној тужби, без обзира на конкретан предмет тужбеног

---

<sup>1386</sup> Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља, *Службени лист СФРЈ*, бр. 43/82 и 72/82 – испр., *Службени лист СРЈ*, бр. 46/96 и *Службени гласник РС*, бр. 46/2006 – др. закон, чл. 46-79.

захтева и домицил странака.<sup>1387</sup>

На крају, функционално надлежан суд за поступак по деривативној тужби увек је Привредни апелациони суд (за одлучивање о редовним правним лековима),<sup>1388</sup> односно Врховни касациони суд (за одлучивање о ванредним правним лековима).<sup>1389</sup>

### *1.1.2. Парничне странке*

Парница као процесно правни однос две странке, подразумева да у сваком парничном поступку мора постојати лице које ће имати статус тужиоца и туженог,<sup>1390</sup> при чему може бити реч о једном или више лица на тужилачкој или туженој страни (супарничари). Парнични поступак по деривативној тужби на први поглед одступа од традиционалног изгледа двостраначког парничног поступка, јер постоје три субјекта која условно речено учествују у поступку. То су члан друштва или више њих који подносе деривативну тужбу, затим тужени, али и друштво о чијем праву се одлучује у поступку по деривативној тужби. Наведено је да „условно речено“ у парничном поступку по деривативној тужби учествују три субјекта, јер је на теоријском нивоу потребно разјаснити процесни положај члана друштва који подноси тужбу и друштва о чијем праву се одлучује у поступку. Иако се ова дилема расправља само у контексту деривативне тужбе, идентичан проблем постоји у свим парничним поступцима у којима постоји раздвајање стварне и процесне легитимације. Дакле, у контексту општих учења о парничним странкама у поступку по деривативној тужби спорна (теоријска) питања се везују само за тужилачку страну.

---

<sup>1387</sup> ЗПП, чл. 26 који прописује да ако у закону или међународном уговору нема изричите одредбе о надлежности домаћег суда за одређену врсту спорова, домаћи суд је надлежан за суђење у тој врсти спорова и ако његова надлежност произлази из одредаба закона о месној надлежности домаћег суда, при чему би ову одредбу требало тумачити на начин да се односи и на одредбе о месној надлежности које су садржане у другим законима, а не само ЗПП. Такође вид. ЗПП, чл. 53.

<sup>1388</sup> Закон о уређењу судова, чл. 26.

<sup>1389</sup> Закон о уређењу судова, чл. 30.

<sup>1390</sup> А. Јакшић, 59.

### 1.1.2.1. Процесни положај члана друштва који подноси тужбу

У теорији грађанско процесног права постоји традиционална подела на материјално правни и процесно правни појам странке у парничном поступку. Сходно материјално правној дефиницији, статус странке у парничном поступку може имати само лице које је титулар права које се тужбом штити.<sup>1391</sup> Са друге стране, сходно процесно правној дефиницији, за одређење статуса странке у парничном поступку није од значаја чињеница да ли је тужилац заиста у одређеном материјално правном односу са туженим, већ се узима у обзир само чињеница да је поднета тужба којом се од туженог захтева одређена правна заштита.<sup>1392</sup> Материјално правно поимање странке у парничном поступку је напуштено још почетком 20. века, од ког тренутка се за одређење појма странке у поступку узима у обзир искључиво процесно одређење појма странке.<sup>1393</sup> Дакле, странком у парничном поступку се сматра само оно лице које је у својству тужиоца или туженог означено у тужби.

Класично поимање процесне дефиниције појма странке у парничном поступку се у новијој теорији грађанско процесног права назива „чиста процесна дефиниција“.<sup>1394</sup> Овој теорији се замера да не узима у обзир могућност да се тужбом не мора нужно тврдити да је повређено одређено субјективно право, из ког разлога је формирана „прочишћена“ процесна дефиниција странке. Сходно „прочишћеној“ процесној дефиницији појма странке, странка је „особа која у своје име истиче одређени тужбени захтев, као и особа против које се тај захтев истиче“. Дакле, „прочишћена“ процесна дефиниција странке је независна у односу на врсту заштите која се тражи, као и постојање материјално правног односа између странка у поступку.<sup>1395</sup>

Поред наведених дефиниција појма странке, постоје и тзв. легитимацијске дефиниције појма странке. У оквиру легитимацијских дефиниција странке постоји подела на процеснолегитимацијску и стварнолегитимацијску дефиницију појма странке. Процеснолегитимацијска дефиниција појма странке подразумева да се

---

<sup>1391</sup> Б. Познић, Б. Ракић Водинелић, 187; А. Јакшић, 173.

<sup>1392</sup> Б. Познић, Б. Ракић Водинелић, 186-187; А. Јакшић, 172.

<sup>1393</sup> А. Јакшић, 173.

<sup>1394</sup> Милојко Дика, *Грађанско парнично право, Странке, њихови заступници и трећи у парничном поступку*, IV књига, Народне новине, Загреб 2008, 13-14.

<sup>1395</sup> М. Дика (2008а), 14.



странком у поступку може сматрати само оно лице које има правни основ да истиче одређени захтев, односно тужилац је лице које тврди да се према туженом налази у изванпроцесној ситуацији која га легитимише на покретање и вођење парничног поступка.<sup>1396</sup> Стварнолегитимацијска дефиниција појма странке подразумева да је тужилац оно лице за које се на крају поступка утврди да је захтев који је истакао основан, односно да је заиста имао право на вођење спора.<sup>1397</sup>

На основу наведеног може се закључити да легитимацијске дефиниције појма странке кореспондирају појмовима стварне и процесне легитимације.<sup>1398</sup> Међутим, значајна особеност ових дефиниција је у томе да се легитимацијске дефиниције појма странке не заснивају на постојању материјално правног односа између странака у поступку, већ праву на подношење тужбе, што су два различита правна појма. Очигледно је да су легитимацијске дефиниције појма странке последица постојања парничних поступака који се воде о туђем праву, у коме се право на вођење спора посматра одвојено у односу на материјално право које је предмет парничног поступка, иако се то изричито не указује.<sup>1399</sup>

На основу изложених дефиниција, члан друштва који подноси деривативну тужбу уклапа се у прихваћена схватања о појму странке у поступку, како на основу процесно правних дефиниција, тако и на основу легитимацијских дефиниција појма странке. Ипак примећује се да су легитимацијске дефиниције појма странке ближе природи деривативне тужбе.

Потребно је поменути да с обзиром на околност да је општеприхваћена процесна дефиниција странке у парничном поступку применљива без обзира да ли се спор води о сопственом или туђем праву, теорија процесног права се у значајној мери не бави случајем када тужилац на основу овлашћења у закону штити туђа, а не сопствена права, те је само у одређеном сегменту препознала посебност овог случаја, из ког разлога је формиран појам странке по дужности,<sup>1400</sup> као и пратеће теорије у циљу објашњења постојања могућности да се спор води о туђем праву. Реч је о теорији заступања, односно органској теорији и теорији дужности. Сходно првој теорији тужилац у основи нема статус странке у поступку, већ у поступку иступа

---

<sup>1396</sup> *Ibid.*, 15.

<sup>1397</sup> *Ibid.*

<sup>1398</sup> Б. Познић, В. Ракић Водинелић, 203-205.

<sup>1399</sup> Вид. М. Dika (2008a), 15-17.

<sup>1400</sup> Б. Познић, Б. Ракић Водинелић, 187-188; А. Јакшић, 173-174.

као заступник или орган тужиоца, о чијем праву је реч. Сходно теорији дужности тужилац иступа у том својству на основу наредбе закона.<sup>1401</sup> Све наведене теорије су имале у виду само случај када тужилац који води спор о туђем праву има одређени јавно правни статус. У том погледу појам странке по дужности није применљив на тужиоца код деривативне тужбе.

Дакле, на основу свега наведеног може се закључити да на основу опште прихваћене процесне дефиниције појма странке, те легитимацијске дефиниције појма странке, неспорно је да члан друштва који подноси деривативну тужбу са теоријског аспекта представља странку у парничном поступку, али да тужиоца код деривативне тужбе не би требало квалификовати као странку по дужности у смислу досадашњег схватања овог теоријског појма.

#### 1.1.2.2. Процесни положај привредног друштва

Полазећи од садржине прихваћене дефиниције појма странке у парничном поступку („чисте“ процесне или „прочишћене“ процесне дефиниције, као и легитимацијских дефиниција појма странке), јасно је да у српском праву привредно друштво, чија се права штите у поступку по деривативној тужби, нема статус странке, односно тужиоца у поступку, те да својство странке има само члан друштва који је поднео деривативну тужбу.

Наиме, сходно наведеним дефиницијама, основни услов да би одређено лице имало статус тужиоца у парничном поступку јесте да према туженом истиче захтев одређене садржине, док није од значаја чињеница да ли је тужилац истовремено и титулар права на које се захтев односи. У случају деривативне тужбе, привредно друштво, иако јесте титулар права које се штити деривативном тужбом, не истиче захтев према туженом, већ то чине искључиво чланови друштва који су поднели тужбу (у своје име, а за рачун друштва) из ког разлога привредно друштво не може имати статус странке у поступку.

Код овог питања потребно је указати да у америчком праву друштво има статус странке у поступку по деривативној тужби, али у својству туженог, при чему и даље остаје титулар предмета тужбеног захтева који тужилац истиче према другим туженима. Означавање друштава у својству туженог је обавезно, јер уколико то није

---

<sup>1401</sup> Б. Познић, Б. Ракић Водинелић, 187-188; А. Јакшић, 174.

случај суд тужбу одбацује.<sup>1402</sup> Наведено решење је у потпуној супротности са логиком српског процесног права, јер није могуће да у једном парничном поступку тужени међусобно буду обавезани на испуњење тужбеног захтева који поставља тужилац. Са друге стране, решење америчког права је у складу са правилима парничног поступка која постоје у овом праву. Наиме, више пута је поменуто да је америчка судска пракса деривативну тужбу схватила као кумулацију два тужбена захтева. Први захтев је лични захтев члана друштва, који се заснива на праву да од друштва захтева подношење тужбе против директора, док се други захтев односи на право које друштво има према директору или другом лицу које се налази на месту туженог. Посматрано са процесног аспекта, амерички судови су наведену конструкцију деривативне тужбе схватили на начин да друштво има обавезу да се у поступку против директора јави као тужилац, уколико то од њега захтева члан друштва. Међутим, када друштво на захтев члана није поднело директну тужбу, што у крајњем исходу доведе до подношења деривативне тужбе, примењују се посебна правила о придруживању странке у поступку (енгл. *joinder of persons*), која прописују да лице које је било обавезно да се нађе на тужилачкој страни, уколико то не учини, од стране постојећег тужиоца може бити означено као тужени.<sup>1403</sup> У том погледу, судска пракса је формирала схватање да сама чињеница да члан друштва подноси деривативну тужбу подразумева да је друштво одбило да се нађе на месту тужиоца у спору против директора, по ком основу члан друштва већ у самој тужби друштво означава као туженог.<sup>1404</sup> Положај друштва и осталих тужених није изједначен, јер се друштво увек означава као номинални тужени (при чему сам појам није дефинисан процесним правом, већ је настао у судској пракси), из ког разлога је и процесна улога друштва знатно мања.<sup>1405</sup> Поред наведеног, још један разлог практичне природе због којег је америчка судска пракса формирала правило да друштво мора бити означено као тужени јесте потреба да се сва дејства пресуде

---

<sup>1402</sup> R. Hamilton, 538.

<sup>1403</sup> Вид. на пример, Правило 19 (а) парничног поступка Основног суда Делавера.

<sup>1404</sup> „Federal Courts Diversity of Citizenship: Corporations. Corporation in Derivative Suit Must Be Realigned as Plaintiff When Not Dominated by Individual Defendants“ *Harvard Law Review* Vol. 68, No. 1 1954, 193-195.

<sup>1405</sup> У смислу да друштво може да истиче само приговоре који се тичу права тужиоца на подношење деривативне тужбе, али не би требало да износи одбрану осталих тужених, вид. *Patrick v. Alacer Corp.* (2008) 167 Cal. App. 4th 995. Вид. R. Hamilton, 539.

односе и на друштво, а посебно субјективне границе правоснажности пресуде,<sup>1406</sup> а што је све теже постићи уколико друштво није странка у поступку. У енглеском праву друштво такође мора да се означи као тужени, а на основу изричите одредбе Закона о парничном поступку.<sup>1407</sup>

Поред англосаксонског права и немачко право прописује одређену процесну улогу друштва у поступку, на начин да друштво може преузети поступак по деривативној тужби, у ком случају се поступак наставља као поступак по директној тужби.<sup>1408</sup> Слична могућност постоји у енглеском праву, али у обрнутом смеру, односно члан друштва може преузети поступак покренут по директној тужби, уколико друштво не води поступак са потребном пажњом, када се поступак наставља као поступак по деривативној тужби. На исти начин преузимање поступка по деривативној тужби је могуће од стране другог члана, уколико члан који је поднео деривативну тужбу неадекватно води поступак.<sup>1409</sup>

Чињеница да друштво није странка у поступку по деривативној тужби је посебно значајна за одвијање поступка по тужби, јер све промене на страни друштва које настану током поступка, не могу имати процесно правно дејство, већ евентуално само материјално правно дејство. На пример, уколико друштво престане да постоји током поступка по деривативној тужби услед спровођења статусне промене, ова чињеница би требало да доведе само до потребе измене тужбеног захтева, у погледу означавања друштва према коме је потребно испунити потраживање које је предмет тужбеног захтева. Такође, уколико се догоди да друштво током поступка престане да постоји услед окончања поступка ликвидације, то не може утицати на сам поступак, али се отвара питање шта се догађа са тужбеним захтевом, да ли постаје неоснован или чланови друштва могу да захтев поставе за свој рачун.

Међутим, иако није спорно да друштво у српском праву нема статус странке у поступку по деривативној тужби, потребно је указати да се теорија процесног права у недовољној мери бави положајем лица за чији рачун се води парнични поступак, у случају када постоји раздвајање стварне и процесне легитимације. У том погледу, на исти начин на који је потребно дефинисати положај привредног

---

<sup>1406</sup> *Ibid.*, 555.

<sup>1407</sup> Правило 19.9 (3) Закона о парничном поступку.

<sup>1408</sup> AktG, §148 (3).

<sup>1409</sup> Компанијски закон, чл. 262, 264.

друштва у поступку по деривативној тужби, потребно је дефинисати положај свих титулара права у односу на које закон дозвољава да тужба ради заштите тог права буде поднета од стране трећег лица.

Када је реч о деривативној тужби може се рећи да привредно друштво у поступку има статус бенефицијара, у односу према члановима друштва који су поднели тужбу, јер би по правилу требало да има само корист од вођења поступка, уколико тужбени захтев буде усвојен. У том погледу интерес друштва треба да буде примаран приликом предузимања свих радњи у парничном поступку. Одређење да друштво у поступку по деривативној тужби фактички има положај бенефицијара у односу према тужиоцима је веома значајно у сфери предузимања парничних радњи од стране тужиоца, а посебно када је реч о радњама којима се располаже тужбеним захтевом. Ово питање је значајно, јер деривативна тужба може бити поднета у интересу друштва, али исто тако постоје могућности злоупотреба, на пример да директор друштва као потенцијални тужени постигне договор са неким од чланова друштва да се подносе деривативна тужба, а да се након тога тужилац одрекне тужбеног захтева или закључи поравнање и тиме тужени фактички ослободи од одговорности. Такође, могуће је да тужилац не води поступак са дужном пажњом и да то доведе до одбијања тужбеног захтева, које је могло да се избегне.<sup>1410</sup> На основу наведеног, може се закључити да иако друштво нема статус странке у поступку по деривативној тужби, потребно је формирати посебна правила поступка, барем када је реч о овлашћењу тужиоца да предузима парничне радње којима се располаже материјалним правом друштва, у супротном друштво може бити потпуно немоћно да због чињенице што нема статус странке у поступку, није у могућности да заштити своје легитимне интересе, о чему ће бити речи у оквиру излагања о радњама располагања тужбеним захтевом.

На крају, потребно је поменути да за разлику од статуса странке у поступку, где је неспорно да друштво не може имати то својство, може се поставити питање да ли би друштво могло да се укључи у поступак у својству умешача на страни тужиоца, али овом питању ће такође биће речи у наредним излагањима, у оквиру анализе института умешача код деривативне тужбе.

---

<sup>1410</sup> Сличан проблем може постојати и код еколошке тужбе из чл. 156 ЗОО, вид. В. Ракић Водинелић (1988), 450.

### 1.1.3. Стварна и процесна легитимација

У уводним излагањима било је речи о томе да је једно од кључних обележја деривативне тужбе раздвајање стварне и процесне легитимације на страни тужиоца и дато је основно одређење појма стварне и процесне легитимације. Имајући у виду наведено, на овом месту је потребно прецизирати појам стварне и процесне легитимације у складу са новим схватањима теорије процесног права, а која су последица постојања парничног поступка у коме тужилац не штити своје материјално право, већ право трећег лица.

Стварна легитимација се обично везује за постојање материјално правног односа поводом кога је настао спор, па се сматра да стварну легитимацију има тужилац који је заиста титулар права, односно захтева који истиче према туженом.<sup>1411</sup> Дакле, постојање стварне легитимације се поистовећује са основаношћу тужбеног захтева, чиме се у крајњем исходу потврђује да постоји стварна легитимација, како тужиоца, тако и туженог. Међутим, постоје и теоретичари који сматрају да изнето схватање стварне легитимације није прецизно, јер претпоставља да се тужба темељи на постојању одређеног материјалног права, што није увек случај, јер се тужбом може захтевати утврђење да одређено право или правни однос не постоји. Имајући у виду наведено даје се прецизнија дефиниција стварне легитимације, сходно којој се стварна легитимација такође поистовећује са успехом у спору, али се не везује за постојање одређеног материјално правног односа. У овом случају стварно је легитимисан сваки тужилац „који је био овлашћен очекивати, према резултатима поступка, да његов тужбени захтев буде прихваћен, док би пасивно легитимисан био сваки тужени према коме би тужбени захтев био усвојен“.<sup>1412</sup> Процесна легитимација се традиционално схвата као право на вођење конкретног спора, те се активна процесна легитимација дефинише као „овлашћење да се у својству тужиоца против одређеног туженог води парница у којој је истакнут одређени захтев“, док се пасивна процесна легитимација дефинише као „правна позиција одређеног туженог против кога је тужилац овлашћен водити такву парницу“.<sup>1413</sup>

Дакле, за разлику од стварне легитимације чије постојање се оцењује тек

<sup>1411</sup> А. Јакшић, 190; Б. Познић (1986), 130.

<sup>1412</sup> М. Dika (2008a), 68.

<sup>1413</sup> М. Dika (2008a), 69; А. Јакшић, 191; Б. Познић (1986), 130-131.

доношењем пресуде, процесна легитимација као право на вођење поступка има потпуно другачију правну природу (исти закључак се односи и на пасивну процесну легитимацију). Наиме, стварна легитимација је део чињеничног стања на основу којег суд доноси мериторну одлуку, док са друге стране процесна легитимација представља процесну претпоставку чије постојање суд треба да утврди на самом почетку поступка.<sup>1414</sup> Међутим, процесна легитимација нема увек статус процесне претпоставке, јер у поступцима у којима тужилац води спор о свом праву, само право на вођење поступка се не испитује, нити је то могуће учинити све до доношења мериторне одлуке.<sup>1415</sup> У овим поступцима тужилац право на вођење спора заснива на тврдњи да јесте или није учесник одређеног материјално правног односа, а да ли је заиста тако могуће је утврдити тек након доношења мериторне одлуке. На тај начин, у поступцима у којима тужилац води поступак у своје име и за свој рачун, стварна и процесна легитимација су неодвојиве и фактички се свODE само на постојање стварне легитимације, односно основаност тужбеног захтева.

Са друге стране, у поступцима у којима тужилац води спор у своје име, али за рачун трећег лица, као што је случај са парничним поступком по деривативној тужби, процесна легитимација као право на вођење спора постаје самосталан појам, одвојен од стварне легитимације, а који би требало да има статус процесне претпоставке, било да је реч о тужилачкој или туженој страни.<sup>1416</sup> У овом случају није могуће претпостављати да тужилац има право на вођење спора, јер је неспорно да тужилац тужбу не заснива на тврдњи да је титулар (или није) одређеног материјалног права. Тада право на вођење спора мора имати статус процесне претпоставке, која уколико није испуњена мора водити одбацивању тужбе.<sup>1417</sup> Право на вођење спора о туђем праву дозвољено је само када је то законом изричито прописано, по ком основу испитивање права на вођење спора као процесне претпоставке треба да се своди на испитивање постојања чињеница на основу којих закон тужиоцу даје право да води спор о туђем праву.

Деривативна тужба је у контексту процесне легитимације специфична, јер закон изричито прописује која лица могу имати статус тужиоца по деривативној тужби (само лице које испуњава прописани капитал цензус и које је поднело

---

<sup>1414</sup> Вид. М. Дика (2008а), 69-71.

<sup>1415</sup> Вид. Б. Познић, Б. Ракић Водинелић, 204.

<sup>1416</sup> *Ibid.*, 203.

<sup>1417</sup> *Ibid.*, 205.

претходни захтев друштву), али такође прописује и која лица могу бити тужена деривативном тужбом. Поједини теоретичари процесну легитимацију поистовећују са правним интересом за покретање спора,<sup>1418</sup> што чини се није исправан закључак. Наиме, дато тумачење узима у обзир само тужилачку страну, а како је наведено процесна легитимација мора постојати и на страни туженог (пасивна процесна легитимација). Иако се у овом случају може тумачити да пасивну процесну легитимацију треба схватати на начин да тужилац има правни интерес да истиче тужбени захтев у односу на тачно одређеног туженог, на примеру деривативне тужбе се може уочити да правни интерес представља самосталан појам у односу на процесну легитимацију и да се ова два појма не могу поистовећивати. Такође, на примеру деривативне тужбе се уочава да судска пракса, али и теорија недовољно анализирају појам пасивне процесне легитимације, о чему ће бити посебно речи у наредним излагањима.

Поред наведеног, потребно је поменути да је због постојања тужби код којих се води спор о туђем праву (као што је деривативна тужба), у теорији формиран модификован појам стварне легитимације, као и појам материјално правне легитимације. Модификован појам стварне легитимације се у основи своди на право на успех у спору, односно сматра се да стварну легитимацију има сваки тужилац који успе у спору, без обзира да ли је титулар права које се тужбом штити.<sup>1419</sup> На примеру деривативне тужбе, члан друштва би имао стварну легитимацију уколико суд усвоји тужбени захтев и обавезе туженог да друштву надокнади штету. Материјално правна легитимација постоји на страни лица, које поред тога што испуњава услове из процесне дефиниције стварне легитимације, такође је учесник материјално правног односа поводом кога је спор настао.<sup>1420</sup> У случају када се спор води о туђем праву, сматра се да наведено разликовање има правни значај, јер бенефицијар иако није странка у поступку, има материјално правну легитимацију, која чињеница представља основ да се бенефицијару да овлашћење да самостално покрене извршни поступак на основу пресуде која је издејствована у његову корист или предузима радње у извршном поступку.<sup>1421</sup>

Имајући у виду модификовану дефиницију стварне легитимације, може се

---

<sup>1418</sup> С. Трива, 235. Б. Познић, Б. Ракић Водинелић, 203.

<sup>1419</sup> М. Дика (2008а), 73.

<sup>1420</sup> *Ibid.*

<sup>1421</sup> *Ibid.*, 16.



дати прецизније одређење односа стварне и процесне легитимације код деривативне тужбе. У том погледу, посматрано у ширем смислу код деривативне тужбе постоји раздвајање стварне и процесне легитимације на тужилачкој страни, док посматрано у ужем смислу постоји раздвајање између процесно стварне и материјално правне легитимације. У првом случају, код деривативне тужбе тужилац нема стварну легитимацију, док у другом случају има процесну и стварну, али нема материјално правну легитимацију.

#### 1.1.3.1. Странацка сукцесија

Странацка сукцесија се дефинише као накнадно стицање својства странке у парничном поступку, услед чега долази до промене постојеће странке.<sup>1422</sup> Уопштено посматрано основи промене странака у парничном поступку могу се поделити на материјално правне и процесно правне.

У групу материјално правних основа за промену странке у парничном поступку спадају универзална и сингуларна сукцесија.<sup>1423</sup> Промена странака која је последица универзалне сукцесије у потпуности остаје у сфери субјективног идентитета предмета спора, јер након престанка постојања странке, у парницу ступа њен универзални правни следбеник. У овом случају до промене долази без обзира на вољу странака.<sup>1424</sup> Код сингуларне сукцесије, промена странке је условљена променама које су наступиле у односу на предмет спора, односно услед отуђења ствари или права о којем тече парница, при чему промена наступа у зависности од тога да ли постоји сагласност једне или обе странке.<sup>1425</sup>

Са друге стране, процесно правни основи за промену странке у поступку настају независно од промене правног односа који је предмет спора,<sup>1426</sup> у које се убрајају преиначење тужбе, ступање умешача у парницу уместо странке којој се придружио и ступање у парницу именованог претходника. Поред наведеног до промене субјективног идентитета спора долази и у случају сукцесивне субјективне кумулације. У овом случају није реч о промени постојеће странке, већ се постојећој

---

<sup>1422</sup> Вид. *Ibid.*, 84.

<sup>1423</sup> Вид. Б. Познић, Б. Ракић Водинелић, 192; А. Јакшић, 180.

<sup>1424</sup> М. Дика (2008а), 84.

<sup>1425</sup> *Ibid.* А. Јакшић, 180-181.

<sup>1426</sup> Вид. Б. Познић, Б. Ракић Водинелић, 192-193.

странци, након заснивања литиспенденције придружује још једна странка.<sup>1427</sup>

Сви претходно наведени основи промене странке у парничном поступку су предвиђени српским правом.<sup>1428</sup>

На овом месту биће речи о групи материјално правних основа за промену странке у парничном поступку, док ће о појединим процесно правним основама за промену странке у поступку бити речи у наредним излагањима.

У поступку по деривативној тужби може доћи до промене странака услед наступања правних последица универзалне сукцесије, док наступање сингуларне сукцесије може довести до промене странке само када је реч о туженом.

Наиме, могуће је да члан друштва или тужени током поступка премине, када на његово место ступа наследник. На исти начин могуће је да члан друштва није физичко, већ правно лице које престане да постоји услед статусне промене, те да по истом основу на место тужиоца ступи привредно друштво које је универзални сукцесор иницијалног тужиоца. У овом случају примењују се општа правила, као и у поступку по редовним тужбама.

Са друге стране, уколико дође до промене титулара права које се тужбом штити, односно уколико друштво пренесе потраживање које има према туженом, или престане да постоји услед статусне промене, тада не наступа страначка сукцесија, већ евентуално може доћи само до преиначења тужбе. Посебно када је реч о преносу потраживања, у овом случају на први поглед стиче се утисак да је реч о отуђењу права које је предмет спора. Међутим, отуђење права током трајања поступка подразумева да услед отуђења треба да дође до промене тужиоца или туженог поступку. У случају да привредно друштво отуђи право које је предмет деривативне тужбе, тада не може доћи до промене тужиоца, јер друштво није странка у поступку. Имајући у виду наведено, у случају деривативне тужбе отуђење права које је предмет спора може довести само до промене бенефицијара, односно лица за чији рачун се води парнични поступак, а што би подразумевало потребу преиначења тужбе. О могућности преиначења деривативне тужбе биће речи у наредним излагањима, те је на овом месту потребно само указати да би тада постојало објективно, а не субјективно преиначење тужбе. Међутим, уколико се догоди да друштво пренесе потраживање које је предмет спора по деривативној

---

<sup>1427</sup> М. Dika (2008a), 86.

<sup>1428</sup> ЗПП, чл. 201, 204, 205, 217, 220, 225.

тужби поставља се питање да ли има основа за наставак поступка, јер тужиоци више не би штитили право друштва чији су чланови, већ право трећег лица, које може бити и физичко лице. Ову процесну ситуацију би требало изричито законом уредити, јер логично решење које се намеће, а то је да поступак по деривативној тужби више не би имао основа, би могло да доведе до неправичних решења, јер би тужени, који и даље обављају функцију у друштву, преносом потраживања друштва на треће лице могли да избегну одговорност према друштву.

Поред наведеног, могуће је да на страни туженог током трајања поступка дође до преузимања дуга, у ком случају се примењују дејства материјално правне сингуларне сукцесије из чл. 204 ЗПП. Не улазећи у питање да ли је за очекивати да ће друштво дати сагласност за промену дужника,<sup>1429</sup> али коју могућност не треба искључити, нарочито у ситуацији када тужени задржавају функцију у друштву, у овом случају је неспорно да ће се примењивати чл. 204 ст. 2 ЗПП којим је прописано да лице које је од туженог прибавило ствар или право о коме тече парница, може да ступи у парницу уместо туженог, само ако на то пристану обе странке.

Код овог питања потребно је указати да је одредба чл. 204. ЗПП недавно била предмет измена закона. Наиме, претходно важећа одредба чл. 204. ЗПП је прописивала да ако странка отуђи ствар или право о коме тече парница, то не спречава да се парница међу истим странкама доврши, у ком случају пресуда има дејство и у односу на стицаоца, док лице које је прибавило ствар или право о коме тече парница може да ступи у парницу уместо тужиоца, односно туженог само ако на то пристану обе странке. Ова одредба је изазивала доста проблема у пракси, јер су је судови, а посебно Привредни апелациони суд, тумачили на начин да уколико не дође до промене странака у поступку, постојећа странка губи стварну легитимацију, по ком основу треба одбити тужбени захтев.<sup>1430</sup> Ова пракса је тек недавно била измењена (само у односу на тужилачку страну), те је Привредни апелациони суд у једној пресуди навео да одредбу чл. 204 треба тумачити на начин

---

<sup>1429</sup> ЗОО, чл. 446.

<sup>1430</sup> „Уступање спорног потраживања није од утицаја на текућу парницу, што изричито прописује члан 204. став 1. Закона о парничном поступку. Одлука ће гласити да се тужбени захтев одбија, јер у време закључења главне расправе (члан 360. став 3. ЗПП) тужилац није активно легитимисан за наплату потраживања од туженог“. Одговори на питања привредних судова који су утврђени на седници Одељења за привредне спорове Привредног апелационог суда одржаној дана 26.11.2014. и 27.11.2014. године и на седници Одељења за привредне преступе и управно-рачунске спорове одржаној дана 03.12.2014. године – Судска пракса привредних судова – Билтен бр. 4/2014.

да постојећа странка не губи активну легитимацију у поступку и да отуђење права не треба да буде основ за одбијање тужбеног захтева.<sup>1431</sup>

С обзиром на то да је било значајних потешкоћа у примени чл. 204. ЗПП у пракси привредних судова, а како би се уочило у ком сегменту су судови грешили и који сегмент тренутно важећег правила може бити проблематичан за практичну примену деривативне тужбе, потребно је указати на теоријске расправе о правном дејству сингуларне сукцесије на парнични поступак.

Опште је познато да у теорији постоје два различита схватања о начину на који сингуларна материјална сукцесија треба да утиче на парнични поступак, односно стварну легитимацију странака. Према првом схватању (*теорија ирелеванције*) наступање сингуларне сукцесије не би требало да има утицаја на парнични поступак, те би поступак требало окончати међу постојећим странкама, што подразумева да се тужбени захтев не може одбити на основу чињенице да је тужилац или тужени услед промене изгубио стварну легитимацију.<sup>1432</sup> Сходно другом схватању (*теорија релеванције*) наступање сингуларне сукцесије има утицаја на парнични поступак, али различито у односу на тужиоца и туженог.<sup>1433</sup> Наиме, уколико дође до промене титулара права, тужилац губи стварну легитимацију, услед чега мора да преиначи тужбу и захтева да се чинидба уместо њему испуни стицаоцу права, те уколико тужилац то не учини суд би требало да одбије тужбени захтев.<sup>1434</sup> Када је реч о туженом, теорија релеванције је формирала два схватања, прво по коме у случају промене дужника, такође је потребно преиначити тужбу, те би фактички постојећи тужени задржао статус у поступку, али би се предмет тужбеног захтева истицао према новом дужнику.<sup>1435</sup> Ово решење је било доста критиковано, јер није било могуће оправдати обавезивање пресудом лице које није било странка у поступку, из ког разлога је формирано друго схватање, по коме у случају промене дужника није потребно да тужилац захтева промену туженог, нити тужени губи стварну легитимацију, али суд приликом доношења пресуде треба да узме у обзир и све чињенице, односно приговоре које постоје на

---

<sup>1431</sup> Пресуда Привредног апелационог суда Пж – 829/2017 од 15.03.2018. године.

<sup>1432</sup> Б. Познић, Б. Ракић Водинелић, 194; А. Јакшић, 192.

<sup>1433</sup> Б. Познић, Б. Ракић Водинелић, 194; А. Јакшић, 192.

<sup>1434</sup> М. Dika (2008a), 102.

<sup>1435</sup> *Ibid.*, 103-104.

страни новог дужника, а које могу да утичу на основаност тужбеног захтева.<sup>1436</sup> Поред наведених теорија, постоји и трећа теорија, коју је формирао немачки правник Розенберг (*теорија процесног заступника*). Сходно овој теорији услед наступања сингуларне сукцесије, није потребно вршити било какве измене у поступку, те странка која више није стварно легитимисана фактички добија улогу заступника стицаоца права или обавезе у поступку.<sup>1437</sup> Ова теорија се заснивала на правилу да пресуда која буде донета има правно дејство и према стицаоцу права, односно обавезе.<sup>1438</sup>

Наша теорија права се залагала за теорију релеванције.<sup>1439</sup> Са друге стране, судска пракса није прихватила ниједну од наведених теорија, иако се на први поглед стиче утисак да су судови прихватили теорију релеванције, међутим то ипак није био случај, јер у поступцима у којима су тужиоци захтевали да се предмет тужбеног захтева испуни према стицаоцу права, судови су такође одбијали тужбени захтев. Истог става је био и Врховни суд који је сматрао да у случају промене дужника треба одбити тужбени захтев.<sup>1440</sup> Потребно је указати да изнети став судова није исправан и да су судови требали да примењују Розенбергову теорију о процесном заступнику, по којој након наступања сингуларне сукцесије не би требало одбити тужбени захтев, нити захтевати промену странака у поступку. До наведеног закључка се долази на основу садржине другог става претходно важећег чл. 204 ЗПП који је прописивао да уколико не дође до промене странка пресуда има дејство и у односу на стицаоца. Управо наведено дејство пресуде је представљало основ за формирање теорије о процесном заступнику, по ком основу се ова теорија значајно разликује од других поменутих теорија.<sup>1441</sup> Додатно, правило о везаности стицаоца пресудом је указивало да стицалац не би требало да успе у новој парници поводом истог права, из ког разлога није био јасан већински став судова да сингуларна сукцесија, сама по себи, треба да доведе до одбијања тужбеног захтева. Са друге стране, управо по питању везаности стицаоца правним дејством пресуде у теорији је још приликом увођења овог правила постојао став да би стицалац могао да се

---

<sup>1436</sup> Боривоје Познић, *Коментар Закона о парничном поступку*, Београд 2009, 481.

<sup>1437</sup> М. Дика (2008а), 105.

<sup>1438</sup> *Ibid.*, 107.

<sup>1439</sup> Б. Познић (2009), 482.

<sup>1440</sup> Вид. Б. Познић, В. Ракић Водинелић, 194.

<sup>1441</sup> Вид. М. Дика (2008а), 107. Више вид. М. Дика (2008а), 122-124.

ослободи дејства пресуде уколико није имао могућност да учествује у парници, односно уколико је савестан.<sup>1442</sup> У том погледу потребно је указати да је правило о дејству пресуде и на стицаоца права или обавезе код сингуларне сукцесије уведено у наше процесно право законом из 2011. године. Правило о проширивању дејстава пресуде и на стицаоца права и обавезе је оцењено као најлошије могуће решење. Основни разлог критике јесте да није прихватљиво да лице које није знало за постојање парничног поступка буде обухваћено правним дејством пресуде, те је правило требало да се односи само на несавесног стицаоца, односно стицаоца који је знао за постојање поступка.<sup>1443</sup> Међутим, код дате критике се занемарује да и стицалац који је знао за поступак, на једнак начин као и стицалац који није знао за поступак, може бити оштећен, а пре свега у ситуацији када не постоји пристанак постојећих странака за његово ступање у поступак. У овим околностима постојећа странка својим радњама може довести до неповољног исхода поступка, а да при томе стицалац није у могућности да заштити свој правни положај. Неспорно, стицалац који је знао за поступак би могао да захтева мешање у поступак, али је упитно у којој мери статус умешача у овом случају може допринети положају стицаоца, јер парничне радње умешача могу имати правно дејство само уколико нису у супротности са радњама које предузима странка којој се придружио (чл. 217 ст. 4 ЗПП). Имајући у виду наведено проблем који је постојао по питању чл. 204 ЗПП могао је бити решен само изменама закона.

Након што су дуго очекиване измене закона донете, као нужно се поставља питање да ли су адекватне и да ли се њима коначно решава изложени проблем. За редовне тужбе, тренутно постојеће решење је вероватно адекватно, међутим то није случај са деривативном тужбом. Наиме, када је реч о туженом, задржано је старо правило да је за промену туженог неопходна сагласност обе странке (које је постојало још у Закону о парничном поступку из 1976. године). Уколико се ово решење посматра заједно са чињеницом да закон више не прописује везаност стицаоца пресудом која је донета у поступку, уколико не дође до промене странака, јасно је да постојеће правило није адекватно за поступак по деривативној тужби, јер може довести до злоупотреба. Злоупотребе су могуће управо у околностима када се тужени још увек налази на одређеној функцији у друштву, која му омогућава да

---

<sup>1442</sup> Вид. Б. Познић, В. Ракић Водинелић, 196.

<sup>1443</sup> Весна Ракић Водинелић, „Закон о парничном поступку 2011“, *Правни записи* 2/2011, 535-536.

фингира пренос дуговања. У овом случају ускраћивање сагласности туженог за ступање преузимаоца дуга у поступак је очекивано, јер покретање новог поступка против преузимаоца дуга у већини случајева не би било могуће због истека преклузивног рока за подношење тужбе, а са друге стране преузималац дуга није обавезан пресудом. Додатно, када је реч о члановима друштва који су поднели тужбу, уколико је преузималац дуга лице изван друштва, не би ни постојали услови за подношење деривативне тужбе против стицаоца, јер није реч о лицу које припада субјективном домену примене деривативне тужбе. Дакле, у овом случају ускраћивање сагласности туженог за промену странке би фактички довело до ослобођења од одговорности туженог према друштву, јер би тужбени захтев, сходно досадашњој пракси, био одбијен, а тужиоци (чланови друштва) не би могли да покрену нови поступак против преузимаоца дуга. Сви наведени проблеми би могли да се избегну једино уколико би судови правилно примењивали теорију релеванције, како је објашњења у теорији, а што подразумева да чињеница промене дужника сама по себи није основ за одбијање тужбеног захтева, међутим спорно је да ли би судови били спремни да измене вишедеценијску судску праксу по овом питању.

На тај начин се закључује да су последње измене ЗПП додатно погоршале ситуацију код деривативне тужбе, када је реч о промени туженог, јер закон више не садржи одредбу о везаности стицаоца пресудом, које правило је у односу на туженог требало бити задржано. Због свега наведеног, а у циљу спречавања могућих злоупотреба, у поступку по деривативној тужби би требало искључити услов да је за промену туженог потребна сагласност обе странке или барем вратити правило о дејству пресуде и на стицаоца. Алтернативна регулисању уоченог проблема одредбама процесног права јесте да се материјалним прописом забрани пренос дуга који је предмет поступка по деривативној тужби, које решење не би спречило могућност да, уколико постоји права намера, дуг ипак буде исплаћен од стране трећег лица применом других института облигационог права (приступање дугу, преузимање испуњења, исплата од стране трећег лица).

### 1.1.3.2. Утицај промене власништва на акцијама/уделима након подношења тужбе на процесну легитимацију (сингуларна сукцесија)

Једно од најзначајнијих питања које се може појавити у поступку по деривативној тужби јесте да ли и какав утицај на поступак има промена власништва над уделом или акцијама члана друштва који је поднео деривативну тужбу, а која наступи током трајања парничног поступка. Ово питање је уско повезано са темом страначке сукцесије, јер може довести до промене тужиоца у поступку по деривативној тужби. Међутим, за разлику од ситуације која је регулисана чл. 204 ЗПП, у овом случају на основу сингуларне сукцесије долази до промене титулара права на коме се заснива активна процесна легитимација, а не стварна легитимација.

ЗПП не уређује процесно правно дејство сингуларне сукцесије права на коме се заснива активна процесна легитимација тужиоца у једном парничном поступку, који истовремено није стварно легитимисан, што указује да ЗПП није препознао посебност тужби код којих иницијално постоји раздвајање стварне и процесне легитимације. Са друге стране, ЗПД је препознао могућност настанка описане процесне ситуације, те у чл. 79 ст. 2 прописује да члан друштва који је стекао удео или акције у друштву од лица које је поднело деривативну тужбу може, уз сагласност тог лица, ступити на његово место у спору по тој тужби до његовог правноснажног окончања, као и у поступку по ванредном правном леку. Полазећи од садржине чл. 79 ст. 2 ЗПД може се закључити да члан друштва који је отуђио акције/уделе након подношења деривативне тужбе задржава активну легитимацију за вођење спора. Ипак, спорно је да ли је за ступање новог тужиоца у парницу потребна сагласност актуелног тужиоца (сада бившег члана друштва) или новог члана друштва, јер одређење „тог лица“ није у потпуности јасно. Чини се да би исправно тумачење у овом случају требало да буде да је неопходна сагласност актуелног тужиоца, односно бившег члана друштва, јер процесни положај постојећег тужиоца не би могао да престане мимо његове воље. Из истог разлога није могуће да се у поступак укључи ни нови члан друштва, без дате сагласности, а само на основу воље постојећег члана друштва, те би у крајњем ефекту за промену тужиоца била неопходна сагласност, како бившег тако и новог члана друштва. Једино што је неспорно у овом случају јесте да за промену тужиоца није потребна сагласност туженог.

За разлику од процесне ситуације из чл. 204 ЗПП, у овом случају може бити



спорна само активна процесна легитимација, док стварна легитимација не може бити упитна, која ни иницијално није била на страни члана друштва који је поднео тужбу, јер није учесник материјално правног односа који је предмет спора. У том погледу промена власника акција/удела не би требало да доведе до закључка да тужбени захтев треба одбити. Међутим, оно што може бити спорно јесте да ли би се чл. 79 ст. 2 ЗПД могао тумачити на начин да деривативну тужбу након промене власника акција/удела треба одбацити, јер је тужилац изгубио активну процесну легитимацију. Ово посебно из разлога, јер судови сличним методом тумачења, као у случају чл. 204 ЗПП могу доћи до наведеног тумачења. Питање постаје нарочито оправдано у околностима када тужилац отуђи само део акција/удела, при чему након отуђења више не испуњава капитал цензус, јер чини се да чл. 79 ст. 2 ЗПД не уређује ову правну ситуацију.

Иако је ЗПД требало да буде одређенији по овом питању, чини се да на основу чл. 79 ст. 2 не би требало да је спорно да је интенција закона да члан друштва задржава активну легитимацију за вођење поступка по деривативној тужби и након што отуђи акције или уделе, све до правоснажног окончања поступка по деривативној тужби, односно окончања поступка по ванредном правном леку. Имајући у виду да се процесна легитимација у случају када се спор води о туђем праву заснива искључиво на закону, на основу чл. 79 ст. 2 ЗПД постоји довољан основ за тумачење да члан друштва који је током поступка по деривативној тужби пренео власништво над акцијама или уделима на треће лице задржава право да води поступак по деривативној тужби, из ког разлога отуђење власништва над уделима или акцијама не би требало да води одбацивању деривативне тужбе. Одбацивање деривативне тужбе би било посебно проблематично у односу на ситуације када постоји више чланова друштва који заједно испуњавају капитал цензус за подношење тужбе. Уколико након продаје акција или удела од стране једног од тужилаца, преостали тужиоци више не би имали захтевани капитал цензус није основано одбацити тужбу и у односу на странку код које није наступила промена у материјалном праву које даје основ за вођење поступка. Са друге стране, уколико би поред тужиоца који је продао акције или уделе, постојао члан који самостално испуњава капитал цензус, тада промена власништва акција или удела код само једног члана не би могла да доведе до одбацивања деривативне тужбе. Управо наведено указује да у односу на идентичну животну ситуацију не би требало

применити различите последице. Са друге стране, уколико је реч о делимичној продаји акција/удела, чл. 79 ст. 2 ЗПД би требало тумачити на начин да уколико тужилац услед делимичног отуђења власништва у друштву више не испуњава капитал цензус, ипак задржава активну легитимацију, при чему се постојећем тужиоцу може придружити и нови члан друштва који је купио део акција/удела од постојећег тужиоца (у овом случају постоји процесна ситуација слична сукцесивној субјективној кумулацији). Имајући у виду све наведено препорука је да се ова питања убудуће прецизно уреде законом.

На овом месту потребно је указати да промена власништва над акцијама или уделима може бити и последица статусне промене, уколико члан друштва прихвати новчану исплату уместо замене за акције или уделе у друштву стицаоцу. Поред наведеног, једна од последица статусне промене (изузетно и промене правне форме) може бити и смањење процента учешћа у основном капиталу друштва чије се право штити тужбом. До смањења процента учешћа у основном капиталу друштва може доћи и уколико се продаје само део власништва над друштвом. У свим наведеним ситуацијама, аналогном применом чл. 79 ст. 2 ЗПД требало би сматрати да тужилац задржава процесну легитимацију, те да настала промена не би требало да доведе до одбацивања тужбе.

На крају, имајући у виду да ЗПП не познаје процесну ситуацију када дође до промене титулара права које представља основ активне процесне легитимације, у оквирима постојећих одредби ЗПП уколико након промене власника удела или акција дође до промене тужиоца у поступку, то би се могло тумачити као субјективно преиначење тужбе, у ком случају би за промену тужиоца био неопходан пристанак туженог.<sup>1444</sup>

Ступање у парницу на место тужиоца или туженог на основу сингуларне сукцесије, без обзира да ли је реч о материјалном праву које представља основ процесне или стварне легитимације и субјективно преиначење тужбе, иако у крајњем исходу воде истој последици (промени странке у поступку), представљају два одвојена процесна института на основу којих долази до промене странке у поступку, у односу на које закон прописује другачије услове.<sup>1445</sup> До наведеног закључка се долази на основу чињенице да се услови за субјективно преиначење

---

<sup>1444</sup> ЗПП, чл. 201.

<sup>1445</sup> Вид. Б. Познић, В. Ракић Водинелић, 192.

тужбе и промену странке у поступку на основу сингуларне сукцесије у великој мери разликују. На пример, процесни моменат до којег је могуће субјективно преиначити тужбу јесте закључење главне расправе, док у случају промене странке на основу сингуларне сукцесије ЗПП не прецизира овај процесни моменат (са друге стране ЗПД прописује да стицалац акција/удела може да ступи на место тужиоца све до правноснажног окончања поступка, као и у поступку по ванредном правном леку). Такође, и сама сагласност за преиначење тужбе и промену странке услед сингуларне сукцесије је уређена на знатно другачији начин. У том погледу, применом правила о субјективном преиначењу тужбе не би се могао захтевати пристанак туженог за ступање новог члана друштва на месту иницијалног тужиоца у поступку по деривативној тужби.

#### *1.1.4. Заступање странака*

У поступку по деривативној тужби, као и у било којој врсти парничног поступка, странке могу самостално да се заступају у поступку или могу овластити пуномоћника у складу са чл. 85 ЗПП. У односу на тужену страну овај закључак није споран, али може бити у односу на тужилачку страну. Наиме, у претходним излагањима било је речи о томе да ЗПД садржи неколико одредби којима се изричито прописује орган надлежан за издавање пуномоћја (скупштина или надзорни одбор) у спору између друштва и директора или члана друштва. У том погледу, потребно је нагласити да како друштво није странка у поступку, већ његови чланови, у поступку по деривативној тужби се не могу примењивати посебне одредбе ЗПД о издавању пуномоћја за заступање друштва у спору да одређеним лицима. Дакле, правила о заступању у поступку по деривативној тужби се одређују само одредбама ЗПП. У овом случају правила о заступању се цене у односу на тужиоце, који могу бити физичка или правна лица. По истом основу, уколико се над друштвом чија се права штите у поступку отвори стечајни или ликвидациони поступак, неће се примењивати чл. 94 ст. 2 ЗПП који прописује да по отварању поступка стечаја или ликвидације у поступцима који настају поводом стечајног поступка, пуномоћници морају да имају пуномоћје које је издао стечајни, односно ликвидациони управник.

## 1.2. Тужба

Деривативна тужба као радња којом се започиње парнични поступак разликује се од осталих тужби по неколико основа. Прво, у форми деривативне тужбе могуће је истаћи само законом прописане врсте тужбених захтева. Право на подношење тужбе се не претпоставља, већ мора да се докаже у сваком конкретном случају. Предмет спора по деривативној тужби је ограничен само на чињенице које се односе на законом дефинисан објективни домен примене деривативне тужбе. На крају, ЗПД садржи одредбу која отвара питање да ли је у случају деривативне тужбе законом дозвољено да се на основу воље друштва искључи право на подношење тужбе (*pactum de non p(r)etendo*).

### 1.2.1. Врсте тужби које могу да се истакну у форми деривативне тужбе

У теорији грађанско процесног права опште је позната подела врста тужби на деклараторне, кондеманторне и конститутивне тужбе, а која је изведена на основу садржине правне заштите која се тужбом тражи.<sup>1446</sup> Са друге стране ЗПП не познаје наведену поделу тужби и помиње само деклараторну тужбу.<sup>1447</sup>

Полазећи од поделе врста тужби, као и претходно дефинисаног објективног домена примене деривативне тужбе, закључује се да деривативна тужба може садржати само кондеманторни или конститутивни тужбени захтев, док се у облику деривативне тужбе не може истаћи деклараторни тужбени захтев.

У облику кондеманторног тужбеног захтева деривативном тужбом се може тражити накнада штете због повреде посебних дужности према друштву, пренос на друштво користи коју је тужени или са њим повезано лице остварило повредом дужности избегавања сукоба интереса и/или дужности забране конкуренције и исплата износа који је акционар примио услед повреде правила о ограничењима плаћања. У облику конститутивног тужбеног захтева деривативном тужбом се може захтевати поништај правног посла или радње у којима постоји лични интерес, искључење члана из друштва због повреде дужности чувања пословне тајне и/или дужности забране конкуренције, као и искључење члана из друштва са ограниченом

---

<sup>1446</sup> А. Јакшић, 252.

<sup>1447</sup> ЗПП, чл. 194.

одговорношћу.

На крају, потребно је указати на последње измене ЗПД, на основу којих се може стећи утисак да у форми деривативне тужбе могуће истаћи и деклараторни тужбени захтев. Наиме, ЗПД је крајем 2018. године код повреде дужности пријављивања послова и радњи са личним интересом увео институт дисквалификације директора,<sup>1448</sup> те је прописао да уколико се у поступку по тужби због повреде ове дужности *утврди постојање* повреде правила о одобравању послова у којима постоји лични интерес, надлежни суд ће изрећи и меру привременог ограничења права вршења функције директора, члана надзорног одбора, заступника или прокурите у трајању од 12 месеци.<sup>1449</sup> Имајући у виду наведено потребно је нагласити да предмет поступка због повреде посебне дужности не може бити утврђење постојања повреде правила, у смислу да се о постојању повреде одлучује изреком пресуде, већ само захтев за накнаду штете или поништај правног посла. На основу наведеног се закључује да дефинисање основа дисквалификације директора није адекватно регулисано, јер да ли је у конкретном случају повређена посебна дужност пријављивања послова и радњи са личним интересом, могло би се утврдити само на основу образложења пресуде, што у одређеним случајевима неће бити у оквирима стандарда правне сигурности, нарочито у околностима када основ одговорности није само повреда посебне дужности пријављивања послова и радњи са личним интересом.

### *1.2.2. Правни интерес за подношење деривативне тужбе*

Правни интерес за подношење тужбе се дефинише као правнозаштитна потреба, која постоји када год се субјективно право налази у једном стању неподмирениости, тако да би без интервенције суда остало незаштићено.<sup>1450</sup> На овај начин прави се разлика између правног и економског интереса, јер тужилац за подношење тужбе мора имати правни, али не и економски интерес. Датој дефиницији се замера да је сувише уска, јер узима у обзир само случај када се истиче кондемнаторни тужбени захтев, из ког разлога би требало прихватити

---

<sup>1448</sup> Више о појму дисквалификације директора вид. Вук Радовић, „О оправданости прихватања института дисквалификације директора“, *Право и привреда* 1-3/2010, 26-56.

<sup>1449</sup> ЗПД, чл. 67 ст. 2.

<sup>1450</sup> Б. Познић, Б. Ракић Водинелић, 295.

прецизнију дефиницију правног интереса по којој правни интерес „представља стање повреде или угрожености правне позиције..., које..., оправдава ангажовање суда поводом иницијативе странке у поступку, али и пружање те заштите“.<sup>1451</sup> Поред позитивних одређења појма правног интереса, правни интерес се може и негативно одредити, те правни интерес као правнозаштитна потреба не постоји онда када тужилац већ располаже правним инструментом којим би могао остварити онај правнозаштитни резултат који тражи тужбом, затим када је правна заштита законом или вољом странака искључена или када постоји адекватнији пут правне заштите.<sup>1452</sup>

ЗПП постојање правног интереса, као услов дозвољености тужбе, захтева само код деклараторне тужбе. У том погледу у теорији, али и судској пракси се истиче да се правни интерес за подношење кондемпнаторне тужбе претпоставља и самим тим не мора да се доказује, док код конститутивне тужбе није споран.<sup>1453</sup>

Правни интерес као чињеница која у поступку може постојати само на страни тужиоца, по правилу, има правну природу процесне претпоставке, али се сматра да у појединим случајевима може бити и од значаја за доношење мериторне одлуке.<sup>1454</sup> Имајући у виду да се деривативном тужбом може истаћи само кондемпнаторни и конститутивни тужбени захтев, спор око постојања правног интереса не би требало да се постави као самостално питање на самом почетку поступка, с обзиром на изнето схватање теорије и судске праксе да се код ових врста тужби правни интерес или претпоставља или се не посматра као самостално питање (односно процесна претпоставка).

Ипак, у случају деривативне тужбе, као тужбе код које постоји раздвајање стварне и процесне легитимације, правни интерес може имати додатно значење у поређењу са другим тужбама, јер се углавном изједначава са активном процесном легитимацијом.<sup>1455</sup> Исто схватање присутно је и у нашој судској пракси, што се потврђује примером деривативне тужбе са почетка излагања у овом раду, из ког разлога је потребно разјаснити међусобан однос ова два појма.

У овом раду изнето је схватање да процесну легитимацију и правни интерес

---

<sup>1451</sup> Mihajlo Dika, *Грађанско парнично право, Тужба, VI knjiga*, Narodne novine, Zagreb 2009, 44.

<sup>1452</sup> *Ibid.*, 45.

<sup>1453</sup> А. Јакшић, 253-254.

<sup>1454</sup> М. Dika (2009), 48.

<sup>1455</sup> С. Трива, 235.

не би требало поистовећивати, јер процесна легитимација мора постојати, како на страни тужиоца, тако и на страни туженог, док са друге стране правни интерес по природи ствари може постојати само на страни тужиоца. У прилог схватању да правни интерес и процесна легитимација представљају две одвојене процесне претпоставке говори чињеница да иако теорија на једном месту изједначава појам правног интереса и процесне легитимације, односно права на вођење спора, на другом месту их раздваја јер правни интерес дефинише као процесну претпоставку која се односи на предмет спора, док се право на вођење спора (активна легитимација) дефинише као процесна претпоставка која се односи на странке.<sup>1456</sup> Поред наведеног, у одређеном делу теорије се правни интерес и право на вођење спора сврставају као процесне претпоставке које се односе на странке, али и у овом случају теорија јасно раздваја два појма.<sup>1457</sup> На овај начин теорија имплицитно указује да активна легитимација, односно право на вођење спора и правни интерес представљају два различита појма, чије је разликовање нарочито значајно код тужби код којих постоји раздвајање стварне и процесне легитимације. У том погледу, посебно када је реч о деривативној тужби од нарочитог је значаја одређивање правне природе услова за подношење деривативне тужбе, у контексту дате поделе процесних претпоставки. Ово питање, поред теоријског има и практични значај, јер уколико се каже да правни интерес код деривативне тужбе не би требало поистоветити са правом на вођење спора, тада се долази до закључка да правни интерес као самостална процесна претпоставка, уколико не постоји такође може водити одбацивању деривативне тужбе, независно од тога да ли су испуњени услови за подношење деривативне тужбе из ЗПД.

Отуда поставља се питање на који начин се може ценити правни интерес код деривативне тужбе, јер у овом случају тужилац није титулар права које се тужбом штити, те самим тим није спорно да лично нема правнозаштитну потребу. Код тужби код којих постоји раздвајање стварне и процесне легитимације, позитивно одређење правног интереса се по правилу не може испитивати, нити оспорити, јер је оно признато самим законом. Са друге стране, код ове врсте тужби долази до изражаја негативно одређење појма правног интереса за подношење тужбе, јер је у овом случају могуће да постоји чињеница која указује да тужилац ипак нема правни

---

<sup>1456</sup> А. Јакшић, 295-296.

<sup>1457</sup> М. Dika (2009), 17.

интерес за подношење тужбе, иако има активну процесну легитимацију. На примеру деривативне тужбе то би могао бити случај када тужилац који подноси деривативну тужбу, уместо деривативне тужбе може поднети директну тужбу у име и за рачун друштва. До наведено ситуације може доћи уколико члан друштва који је поднео деривативну тужбу има више од половине гласова у скупштини друштва са ограниченом одговорношћу или је један од извршних директора акционарског друштва. У наведеним околностима, јасно је да постоји подобније правно средство за заштиту интереса друштва, те би тада деривативну тужбу требало одбацити услед недостатка правног интереса. Поред наведеног, правни интерес за подношење тужбе не би постојао уколико би тужилац тужбом изашао изван објективног домена примене деривативне тужбе, јер у том случају закон тужиоцу није признао правнозаштитну потребу за подношење деривативне тужбе. У овом случају, тужилац не би имао правни интерес за подношење тужбе посматрано у позитивном значењу појма.

### *1.2.3. Садржина деривативне тужбе/тужбеног захтева и ограничен предмет спора (идентитет предмета спора)*

Идентитет предмета спора сматра се за једно од најспорнијих питања теорије грађанско процесног права.<sup>1458</sup> Сам појам није законом дефинисан, из ког разлога су настале бројне теорије о предмету спора, међу којима се издвајају једночлана теорија, теорија еквиваленције (двочлана теорија) и трочлана теорија. Сходно првој теорији идентитет предмета спора се цени према садржини тужбеног захтева, дакле не узимају се у обзир чињенични наводи, као ни правни основ тужбе.<sup>1459</sup> Сходно теорији еквиваленције идентитет предмета спора се одређује према садржини чињеничних навода и правној последици коју тужилац захтева.<sup>1460</sup> Сходно трећој теорији, поред чињеничних навода и правне последице, у идентитет предмета спора улази и правни основ тужбе (материјално правна трочлана теорија).<sup>1461</sup> Материјално правну трочлану теорију у ограниченом обиму тренутно прихвата аустријска судска

---

<sup>1458</sup> М. Dika (2009), 112.

<sup>1459</sup> *Ibid.*, 133.

<sup>1460</sup> А. Јакшић, 276.

<sup>1461</sup> М. Dika (2009), 148-149.



пракса.<sup>1462</sup> Осим материјално правне, постоји и процесно правна трочлана теорија, сходно којој правни основ тужбе чини основ на којем се заснива *право на вођење спора* (Хабшајдова теорија).<sup>1463</sup> Поред наведених, постоје и бројне друге теорије којима су у основи прецизиране већ постојеће, као на пример теорија по којој предмет спора чине тужбени захтев, односно правна последица коју тужилац захтева, али који је ограничен чињеничним основом на коме се темељи према наводима тужбе.<sup>1464</sup> У односу на сваку од формираних теорија, постоје одређене замерке, јер ниједна од понуђених теорија не може у потпуности одговорити потребама праксе у циљу утврђивања идентитета предмета спора.<sup>1465</sup>

ЗПП је прописано да тужба мора да садржи одређени захтев у погледу главне ствари и споредних тражења, чињенице на којима тужилац заснива захтев, доказе којима се утврђују ове чињенице, вредност предмета спора, као и друге податке које мора имати сваки поднесак. Додатно, закон прописује да тужилац није у обавези да наведе правни основ тужбеног захтева, а уколико тужилац то учини, суд није везан наведеним правним основом.<sup>1466</sup> Имајући у виду наведено сматра се да је ЗПП прихватио теорију еквиваленције о идентитету предмета спора, по којој у овај појам не улази правни основ тужбе.<sup>1467</sup>

Потребно је поменути да проблем утврђивања идентитета предмета спора, иако представља теоријско питање, пре свега има велики практични значај, јер је за примену других института процесног права неопходно знати шта представља предмет спора у конкретном парничном поступку.<sup>1468</sup> Једно од важних правила које се везује за предмет спора прописано је у чл. 3 ст. 1 ЗПП сходно којем суд одлучује у границама захтева који су постављени у поступку. По правилу било који захтев грађанско правне природе може бити истакнут у тужби и самим тим бити предмет парничног поступка. По овом питању деривативна тужба се у великој мери разликује од осталих тужби, јер се у поступку по деривативној тужби може истаћи „недозвољен“ предмет спора, како у погледу самог тужбеног захтева, тако и у погледу чињеничних навода или правног основа, уколико излазе изван законом

---

<sup>1462</sup> *Ibid.*, 149.

<sup>1463</sup> *Ibid.*, 146-147.

<sup>1464</sup> *Ibid.*, 149-157.

<sup>1465</sup> *Ibid.*, 119-175.

<sup>1466</sup> ЗПП, чл. 191.

<sup>1467</sup> А. Јакшић, 278.

<sup>1468</sup> *Ibid.*, 113.

дефинисаног објективног домена примене деривативне тужбе. Отуда, дефинисање битних елемената предмета спора у поступку по деривативној тужби може имати значај који не постоји код осталих врста тужби, јер по правилу суд када уочи да је предмет спора недозвољен, у смислу да не може бити истакнут у форми тужбе, углавном је реч о правној ствари у односу на коју не постоји апсолутна надлежност суда.

Имајући у виду наведено потребно је указати да с обзиром на околност да је деривативна тужба веома уско повезана са одредбама материјалног права, тренутно прихваћена теорија о идентитету предмета спора може бити проблематична у односу на деривативну тужбу. У том погледу, како је објективни домен примене деривативне тужбе ограничен на тачно одређене институте уређене ЗПД, предмет спора у поступку по деривативној тужби требало би да је структуриран у складу са одредбама ЗПД које чине објективни домен примене деривативне тужбе. Дакле, код деривативне тужбе одредбе материјалног права иако, према тренутном законском уређењу и прихваћеном теоријском схватању, нису део идентитета предмета спора, имају суштински значај за дефинисање признатих елемената предмета спора (чињенични наводи и тужбени захтев – правна последица).

Ограниченост објективног домена примене деривативне тужбе у односу на питање предмета спора је на првом месту значајно, јер само тужбени захтев којим тужилац захтева одређену последицу у своје име, а за рачун друштва чији је члан може представљати деривативну тужбу. Отуда, уколико би члан друштва тужбу насловио као деривативну тужбу, а правну последицу истицао у своје име и за свој рачун, тада не би било речи о деривативној тужби.

Поред наведеног, у пракси се може догоди да тужилац у деривативној тужби или касније током поступка износи чињенице које су изван законом дефинисаног објективног домена примене деривативне тужбе, било на начин да оне представљају једини или само део чињеничних навода (на пример, наводе који се односе на прекорачење овлашћења за заступање, или повреду правила о располагању имовином велике вредности). Додатно, могуће је да тужилац у форми деривативне тужбе захтева правну последицу коју сходно ЗПД није могуће захтевати у форми деривативне тужбе (на пример, уколико се код послова са личним интересом захтева утврђење ништавости, уместо поништаја (рушљивост) правног посла или уколико се тужбом захтева поништај правног посла који је закључен као последица повреде

дужности избегавања сукоба интереса). У овим околностима поставља се питање на који начин суд треба да поступи када уочи да предмет тужбеног захтева (у виду истакнуте чињенице или захтеване правне последице) није у складу са објективним доменом промене деривативне тужбе из ЗПД. Одговор на постављено питање зависи од тога да ли су чињенични наводи или сам тужбени захтев у несагласности са објективним доменом примене деривативне тужбе. Наиме, уколико се деривативном тужбом захтева правна последица која не може бити истакнута у форми деривативне тужбе тада се чини да није спорно да би деривативну тужбу требало одбацити. Са друге стране, много је сложенија ситуација у којој тужилац истиче дозвољен тужбени захтев, али га заснива на чињеницама које не могу бити предмет расправљања у поступку по деривативној тужби (на пример, деривативном тужбом се захтева накнада штете због повреде правила о располагању имовином велике вредности). У том случају тужбени захтев посматрано самостално је дозвољен. Уколико се тужба заснива на неколико животних догађаја од којих само поједини чине дозвољен предмет расправљања по деривативној тужби, суд управљањем поступком треба да из предмета расправљања искључи чињенице које не могу бити предмет расправљања у поступку по деривативној тужби, а што ће имати утицај на мериторно одлучивање. Међутим, уколико тужилац истиче дозвољену правну последицу, али је образлаже само чињеницама које не могу бити предмет расправљања у поступку по деривативној тужби (на пример, тужба за накнаду штете, али која се заснива само на чињеницама прекорачења овлашћења за заступање или повреди правила о располагању имовином велике вредности), тада би такође било основано одбацити деривативну тужбу као недозвољену. У свим случајевима може бити спорно да ли би тужбу требало одбацити због недостатка правног интереса или због чињенице да тужилац нема активну легитимацију за истицање таквог захтева, о чему ће бити речи у наредним излагањима.

Чврста веза између материјалног права и деривативне тужбе се најбоље може уочити на примеру тужбе ради искључења члана из друштва са ограниченом одговорношћу, јер у овом случају правни основ деривативне тужбе може бити повреда посебних дужности према друштву и општа правила о друштвима са ограниченом одговорношћу. Имајући у виду да код деривативне тужбе ради искључења члана ЗПД прописује различите рокове у којима друштво може да одлучи о претходном захтеву, као услову за стицање активне легитимације, од

кључног је значаја на којим одредбама материјалног закона се тужба за искључење заснива, како би се оценило да ли је тужба дозвољена.

Имајући у виду чврсту везу између деривативне тужбе и норми материјалног права, има основа да се одредбе материјалног права уврсте као обавезан елемент садржине деривативне тужбе, а евентуално у теоријском смислу и као елемент идентитета предмета спора. Норме материјалног права могу представљати елемент идентитета предмета спора код деривативне тужбе на начин да само тужба која се заснива на чињеницама и којом се истиче правна последица који су у складу са одредбама материјалног права о објективном домену примене тужбе може се сматрати деривативном тужбом. Истовремено деривативна тужба која би се заснивала на чињеницама или којом се истиче захтев који није у складу са дефинисаним објективним доменом примене деривативне тужбе не би била дозвољена. Дакле, природи деривативне тужбе више одговора Хабшајдова процесна трочлана теорија о предмету спора, по коме саставни елемент предмета спора чине наводи који се односе на постојање права на подношење тужбе (процесна легитимација).

#### *1.2.4. Преиначење деривативне тужбе*

Преиначење тужбе има посебан значај у поступку по деривативној тужби, јер задире у једно од спорних питања, а то је идентитет садржине претходног захтева и деривативне тужбе која је поднета суду.

ЗПП под појмом преиначења тужбе подразумева промену истоветности захтева, повећање постојећег или истицање другог захтева уз постојећи. У овом случају реч је о објективном преиначењу тужбе.<sup>1469</sup> Поред објективног преиначења тужбе, ЗПП познаје и могућност субјективног преиначења тужбе, у ком случају долази до промене странака у поступку (тужиоца или туженог), а која промена није условљена претходном сукцесијом права које је предмет спора.<sup>1470</sup>

Полазећи од законом дефинисаног појма преиначења тужбе, у случају деривативне тужбе могуће је да током поступка тужилац истакне захтев за преиначење тужбе како у односу на странке у поступку, тако и у односу на предмет

---

<sup>1469</sup> ЗПП, чл. 200; А. Јакшић, 286.

<sup>1470</sup> ЗПП, чл. 201; *Ibid.*, 282-285.

спора. На пример, тужилац може захтевати да уместо њега у поступак у својству тужиоца ступи други члан друштва који поседује 5% удела у основном капиталу друштва, или може уместо првобитно туженог директора, као туженог означити другог директора који је такође учествовао у спорној трансакцији. Такође, тужилац може променити предмет тужбеног захтева, на начин да у поступак укључи и други догађај, који такође представља објективни домен примене деривативне тужбе, или може на основу животног догађаја који је већ предмет расправљања у поступку захтевати другу или додатну правну последицу. Све набројане могућности по правилу би требало да се реше према општим правилима ЗПП, јер не постоје посебна правила о преиначењу деривативне тужбе. Међутим, треба имати у виду да подношењу сваке деривативне тужбе претходи подношење претходног захтева друштву у коме тужилац износи чињенични основ тужбе и захтева подношење тужбе према конкретном лицу. Уколико би се код деривативне тужбе могућност преиначења тужбе ценила само према општим правилима ЗПП, на тај начин би институт претходног захтева донекле изгубио свој значај и функцију. Како је већ више пута истакнуто подношење претходног захтева друштву је законом прописан услов за подношење деривативне тужбе који има правну природу процесне претпоставке. Само члан друштва који је поднео претходни захтев може стећи право, односно активну легитимацију за подношење деривативне тужбе. У том погледу, уколико тужилац изврши преиначење тужбе на начин да значајно одступа од садржине претходног захтева, могло би се рећи да он није активно легитимисан за истицање новог, односно преиначеног тужбеног захтева, јер у односу на преиначени део тужбеног захтева није поднео претходни захтев друштву.

Поред наведеног, додатни проблем који може постојати код преиначења деривативне тужбе јесте околност да у тренутку преиначења могу истећи прописани рокови за подношење деривативне тужбе из ЗПД, а који су прилично кратки, о чему би посебно требало водити рачуна, јер уколико је то случај, преиначење тужбе нема смисла, нити би требало да буде дозвољено.

Када је реч о врстама преиначења тужбе, субјективно преиначење тужбе не би требало да буде дозвољено, јер тада није спорно да тужилац или тужени нису у том својству означени у претходном захтеву.

Са друге стране код објективног преиначења деривативне тужбе, теже је донети закључак да ли би требало дозволити преиначење тужбе. Објективно

преиначење деривативне тужбе је спорно за примену, јер није целисходно захтевати потпуни идентитет претходног захтева и садржине деривативне тужбе. Управо и сам институт преиначења тужбе постоји из разлога целисходности како тужилац због сваке промене идентитета тужбеног захтева не би морао да подноси нову тужбу, чиме би се оптерећивали и судови и странке у поступку. Теорија грађанско процесног права разликује право и неправо објективно преиначење тужбе. Под појмом право објективно преиначење тужбе подразумева се само промена истоветности тужбеног захтева, дакле када тужилац захтева правну последицу друге садржине, на пример, уместо поништаја уговора истиче захтев за накнаду штете.<sup>1471</sup> Са друге стране под појмом неправо објективно преиначење тужбе подразумева се повећање постојећег захтева и истицање додатног захтева уз постојећи.<sup>1472</sup> Полазећи од изложене теоријске поделе објективног преиначења тужбе, а затим принципа постојања идентитета претходног захтева и садржине деривативне тужбе, проистиче да *код деривативне тужбе не би требало дозволити право објективно преиначење тужбе*, односно истицање потпуно другог тужбеног захтева. У односу на неправо објективно преиначење деривативне тужбе, разлози целисходности оправдавају дозвољеност преиначења. У овом случају требало би разликовати објективно преиначење тужбе које се заснива на чињеницама које су настале током поступка или су тек тада откривене, у односу на чињенице које су постојале већ у тренутку подношења тужбе. У односу на прву категорију чињеница објективно преиначење тужбе би требало дозволити, јер у том случају преиначење по правилу не би требало да буде последица намере изигравања института претходног захтева код деривативне тужбе. У односу на чињенице које су постојале већ у тренутку подношења тужбе и које су биле познате тужиоцу, у сваком конкретном случају би требало ценити да ли има места објективном преиначењу тужбе, а на основу степена одступања од претходног захтева који је поднет друштву и да ли је тужилац исте чињенице могао да истакне у претходном захтеву. Наиме, у случају неправог објективног преиначења тужбе које се заснива на чињеницама које су тужиоцу биле познате већ у тренутку подношења тужбе, поред могућности изигравања института претходног захтева, такође постоји могућност да тужилац преиначењем тужбе има намеру да заобиђе законом прописан рок за подношење тужбе, уколико није могуће

---

<sup>1471</sup> Б. Познић, В. Ракић Водинелић, 325.

<sup>1472</sup> *Ibid.*

разлучити који део захтева се заснива на чињеницама које су изнете у тужби.

Међутим, оно што у овом случају може бити спорно јесте да ли би суд имао овлашћење да не дозволи преиначење тужбе уколико се тужени сагласио са преиначењем, што је мало вероватно, али ипак могуће да се догоди. Наиме, у случају када дође до преиначења тужбе и тужени се са тиме сагласи суд не доноси посебну одлуку,<sup>1473</sup> нити ЗПП прописује да тада суд има овлашћење да не дозволи преиначење тужбе. ЗПП дискреционо право суда да одлучи о преиначењу тужбе прописује само у случају када се тужени није сагласио са преиначењем, а суд ипак може да прихвати преиначење тужбе.

Имајући у виду да је реч о веома значајном питању препорука је да у неким наредним изменама закона посебно уреди могућност преиначења деривативне тужбе, а посебно са аспекта надлежности суда да не дозволи преиначење тужбе.

### 1.3. *Pactum de non p(r)etendo* и деривативна тужба

*Pactum de non p(r)etendo* или договор о искључењу права на подношење тужбе суду део је расправе о појму утуживости субјективног права.<sup>1474</sup> Утуживост субјективног права подразумева да одређено право може бити заштићено у парничном поступку. Ипак, у парничном поступку не могу се штитити сва права, већ само грађанска права у обиму који је дефинисан законом. У том погледу ЗПП прописује да се у парничном поступку одлучује о заштити права личности и споровима из породичних, радних, привредних, имовинскоправних и других грађанскоправних односа, осим спорова за које је посебним законом прописана друга врста поступка.<sup>1475</sup> Дакле, може се рећи да је опште правило да су сва грађанска права из домена ЗПП утужива.

Утуживост субјективног грађанског права поједини теоретичари схватају као посебно начело грађанског права што говори о значају самог појма.<sup>1476</sup> Имајући у виду наведено, спорно је да ли титулар грађанског права својом вољом може

---

<sup>1473</sup> М. Дика (2009), 468. У судској пракси је заузет став да су услови за преиначење тужбе сагласност туженог или одлука суда којом се преиначење дозвољава. Вид. Решење Привредног апелационог суда Пж – 7264/2013(2) од 31.10.2013. године.

<sup>1474</sup> А. Јакшић, 336.

<sup>1475</sup> ЗПП, чл. 1.

<sup>1476</sup> В. Водинелић, 46-47.

искључи право на подношење тужбе суду у вези заштите одређеног грађанског права. По овом питању постоје различита схватања у теорији, те је по једнима дозвољено искључити право на подношење тужбе у односу на конкретан случај, док по другима то није дозвољено.<sup>1477</sup> Један од значајних аргумената који говоре у прилог дозвољености уговарања искључења права на подношење тужбе суду јесте да уколико титулар материјалног права може да располаже правом мимо поступка, по ком основу право престаје да постоји, не види се основ да се забрани и могућност искључења утуживања одређеног права, које је по ефекту мање инвазивно у односу на престанак права.<sup>1478</sup>

Поред искључења права на подношење тужбе суду на основу воље титулара права, туживост субјективног права може престати уколико је протекао законом прописан рок за подношење тужбе, који има преклузивну природу.<sup>1479</sup>

Када је реч о деривативној тужби утуживост субјективног права је посебно значајно питање, јер код ове врсте тужбе могу постојати оба вида изузетка од општег правила о утуживости грађанских права.

Најпре, ЗПД прописује да деривативна тужба због повреде посебних дужности према друштву, као и искључења члана из друштва са ограниченом одговорношћу мора бити поднета у законом прописаном року, те уколико тужилац не испоштује рок суд деривативну тужбу мора одбацити.

Друго, ЗПД у чл. 415 садржи већ поменућу одредбу која отвара питање могућности одрицања од права на подношење деривативне тужбе против директора друштва. Како је наведено ЗПД у чл. 415 ст. 7 прописује да се друштво не може одрећи *захтева* за накнаду штете, осим у складу са одлуком скупштине која се доноси  $\frac{3}{4}$  већином гласова присутних акционара, али се та одлука не може донети ако јој се успротиве акционари који поседују или представљају најмање 10% основног капитала друштва. На основу цитиране одредбе ЗПД проистиче да, иако под веома лимитираним условима, друштво се може одрећи *захтева* за накнаду штете. Примећује се да у овом случају ЗПД употребљава термин захтев уместо термин право, што указује да може бити речи о одрицању од процесно правног овлашћења на подношење тужбе суду, а не о одрицању од материјалног права. У

---

<sup>1477</sup> М. Дика (2009), 29.

<sup>1478</sup> *Ibid.*

<sup>1479</sup> А. Јакшић, 336; М. Дика (2009), 20.



прилог томе да је у овом случају реч о захтеву као проценом овлашћењу може говорити и то да одрицање није начин престанка облигационих права. Чињеница проузроковања штете је извор облигација, због чега као и свака облигација може престати само на начин предвиђен ЗОО. Схватање о правној природи одрицања од права у општој теорији грађанског права није јединствено, те се оно одређује као правна радња слична правним пословима или као једнострани правни посао.<sup>1480</sup> До сада се одрицање од права односило само на престанак стварних права (својина, заложно право). Тако, на пример, закони који уређују материју заложног права у одредбама којима се уређује њихов престанак наводе одрицање као основ престанка.<sup>1481</sup> Са друге стране ЗОО таксативно набраја основе престанка облигационих права (укључујући и право на накнаду штете), а то су испуњење компензација, отпуштање дуга, новација, конфузија, немогућност испуњења, протек времена, отказ и смрт.<sup>1482</sup> У односу на појам одрицања који је карактеристичан за стварна права, код облигационих права је сличан по дејству опроштај дуга, али то није једнострани акт повериоца, већ је неопходан и пристајан дужника. Такође, чл. 415 ст. 7 ЗПД не говори о томе да ли се одлука скупштине може донети пре или након настанка штете, иако стил одредбе указује се одлука доноси у тренутку када је штета већ настала. Одредба члана 415 ст. 7 ЗПД осим код иницијалног подношења деривативне тужбе, када може утицати на дозвољеност тужбе, може бити од значаја и за већ покренути поступак по деривативној тужби уколико одлука скупштине буде донета након подношења тужбе. У оба случаја поставља се питање на који начин одрицање друштва од захтева за накнаду штете утиче на право на подношење деривативне тужбе против директора друштва. У одредбама ЗПП не проналази се основ за њено одбацивање, јер ЗПП не познаје могућност одрицања од права на подношење тужбе. Међутим, уколико би постојала одлука друштва из чл. 415 ст. 7 ЗПД, суд би деривативну (или директну) тужбу против директора ипак могао да одбаци као недозвољену, јер право чија се заштита захтева није утуживо, што може указивати и да не постоји правнозаштитна потреба друштва, а самим тим

---

<sup>1480</sup> Д. Стојановић, О. Антић, 312-315. Обрен Станковић, Владимир Водинелић, *Увод у грађанско право*, Номос, Београд 2007<sup>5</sup>, 162.

<sup>1481</sup> Закон о хипотеци, чл. 51; Закон о заложном праву на покретним стварима уписаним у регистар, чл. 54.

<sup>1482</sup> ЗОО, чл. 295, 336, 344, 348, 353, 354, 357, 359.

и тужиоца, у односу на конкретно право које се штити деривативом тужбом.<sup>1483</sup> Још један основ због којег у овом случају не би требало доносити мериторну одлуку јесте да одрицање од права на тужбу не треба поистовећивати са престанком материјалног права, јер и поред искључења могућности утужења одређеног права оно и даље може постојати и представљати основ испуњења обавезе од стране дужника.

У том погледу треба прихватити став теорије који сматра да је *pactum de non p(r)etendo* дозвољен у односу на она материјална права којима странке и мимо поступка могу слободно располагати. У складу са наведеним, *pactum de non p(r)etendo* у односу на тужбу против директора друштва, али и осталих лица, дозвољен је тек уколико је закључен након настанка штете, дакле не би било дозвољено да се скупштина друштва једнострано у виду одлуке, или на основу клаузуле у уговору са директором унапред одрекне права на подношења тужбе, када није познато по ком основу штета може настати, нити у ком износу. Дакле, *pactum de non p(r)etendo* као процесни аспект начела диспозиције, мора бити у сразмери са овлашћењима која постоје у односу материјално право.

#### 1.4. Поступање суда по деривативној тужби и структура парничног поступка

Након пријема деривативне тужбе од стране суда, даљи поступак се одвија у обичајним фазама поступка из ЗПП, а то су припрема главне расправе, одржавање главне расправе (извођење доказа) и доношење одлуке. Ипак поступак по деривативној тужби у свакој од поменутих фаза садржи одређене специфичности, о чему ће бити речи у наставку.

---

<sup>1483</sup> У пракси су постојали примери у којима је суд одбацио тужбу због неутуживости субјективног права, као процесне претпоставке. Вид. Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Гж – 157/2010 од 18.3.2010. године: „Према ставу правне теорије процесног права, суд може приступити мериторном одлучивању по субјективном праву које је подобно за заштиту, при чему је утуживост услов за мериторно одлучивање и има значај процесне претпоставке. Ако она недостаје, као у конкретном случају, тужбу треба решењем одбацивати. То даље значи, имајући у виду цитиране прописе, да право на накнаду штете против судије није подобно за судску заштиту, а при томе је прописима јасно дефинисана заштита странке у виду одговорности државе као пасивно легитимисане са правом регреса државе против судије.“

#### 1.4.1. Претходно испитивање деривативне тужбе

У складу са општим правилима парничног поступка, прва радња коју би суд требало да предузме након пријема деривативне тужбе јесте претходно испитивање тужбе. Претходно испитивање тужбе, заједно са достављањем тужбе на одговор и одржавањем припремног рочишта чини прву фазу парничног поступка коју ЗПП назива припремање главне расправе.<sup>1484</sup>

Претходно испитивање тужбе је радња суда којом поступајући судија на основу навода тужбе и доказа приложених уз тужбу испитује да ли су испуњене процесне претпоставке за наставак поступка по тужби. ЗПП не познаје термин процесна претпоставка, већ термин сметња за даљи ток поступка, али је појам процесна претпоставка опште прихваћен у теорији грађанско процесног права.<sup>1485</sup> Процесна претпоставка се може дефинисати као чињеница од чијег постојања или непостојања зависи да ли суд може наставити поступак по тужби и прећи у фазу мериторног одлучивања.<sup>1486</sup> Суд постојање недостатка који спречава мериторно одлучивање по правилу треба да уочи већ на основу навода тужбе, међутим уколико то није могуће ЗПП дозвољава суду да о постојању недостатка одлучи након пријема одговора на тужбу, а најкасније на припремном рочишту, а евентуално заједно са доношењем одлуке о главној ствари,<sup>1487</sup> што подразумева да о овом питању не мора бити одлучено у фази припремања главне расправе. У том погледу, у пракси нису ретке ситуације да суд након неколико година трајања парничног поступка уочи да нису испуњене све процесне претпоставке и да по том основу одбаци тужбу.

Теорија грађанско процесног права процесне претпоставке дели на оне које се тичу суда, странака, предмета спора и тужбе.<sup>1488</sup> Деривативна тужба је у овом сегменту специфична, јер је за наставак поступка потребно постојање већег броја процесних претпоставки, него што је то случај код редовних тужби. У наредним излагањима биће речи само о процесним претпоставкама које су релевантне за поступак по деривативној тужби (странке, предмет спора и тужбу).

---

<sup>1484</sup> ЗПП, чл. 289.

<sup>1485</sup> Б. Познић, В. Ракић Водинелић, 52.

<sup>1486</sup> Вид. *Ibid.*

<sup>1487</sup> ЗПП, чл. 306.

<sup>1488</sup> Поред наведених постоје и друге поделе вид. Б. Познић, В. Ракић Водинелић, 52-55; А. Јакшић, 295-297.

У процесне претпоставке које се тичу странака спадају постојање странака, страначка и парнична способност, уредно заступање и постојање права на вођење спора.<sup>1489</sup> У процесне претпоставке које се тичу предмета спора спадају изостанак литиспенденције и већ пресуђене ствари, односно закљученог поравнања, као и постојање утуживости субјективног права и правног интереса за подношење тужбе.<sup>1490</sup> ЗПП прописује само једну процесну претпоставку која се односи на тужбу, а то је уредност тужбе.<sup>1491</sup>

Поред наведених, постоје и друге теоријске поделе претходно поменутих процесних претпоставки, те уколико се упореде уочава се да се теоретичари не слажу једино по питању класификације правног интереса, јер једни ову процесну претпоставку везују за странке, други за предмет спора, а трећи за тужбу.<sup>1492</sup>

Полазећи од наведених процесних претпоставки, суд након пријема деривативне тужбе најпре треба да утврди да ли је тужба поднета у законом прописаном року, уколико се односи на повреду посебних дужности према друштву или искључење члана друштва са ограниченом одговорношћу. У овом случају реч је о процесној претпоставки која се тиче предмета спора, тачније утуживости субјективног права. Уколико суд утврди да је тужба неблаговремена, на основу чл. 194 ЗПП има овлашћење да одбаци тужбу.

Уколико суд оцени да је тужба благовремена, у наставку поступка требало би да испита да ли постоји процесна легитимација странака за учествовање у парничном поступку по деривативној тужби.

Када је реч о активној легитимацији, код деривативне тужбе могу се разликовати лица која су апсолутно и релативно неподобна да имају својство тужиоца. У круг апсолутно неподобних лица за подношење деривативне тужбе спадала би лица која по самом закону не могу имати својство тужиоца код ове тужбе, као на пример бивши чланови друштва или повериоци друштва. У круг релативно неподобних лица за подношење деривативне тужбе спадају чланови друштва који могу бити тужиоци код деривативне тужбе, али у конкретном случају не испуњавају законом прописане услове (капитал цензус и подношење претходног

---

<sup>1489</sup> А. Јакшић, 295-296; Б. Познић, В. Ракић Водинелић, 54.

<sup>1490</sup> Б. Познић, В. Ракић Водинелић, 54.

<sup>1491</sup> *Ibid.* А. Јакшић, 296.

<sup>1492</sup> М. Дика (2009), 17; Б. Познић, В. Ракић Водинелић, 54; А. Јакшић, 296.

захтева). У том смислу уколико је деривативну тужбу поднело лице за које суд утврди да је апсолутно или релативно неподобно да поднесе тужбу, у оба случаја тужилац нема активну легитимацију за подношење деривативне тужбе и суд тужбу треба да одбаци. У овом случају је неспорно да би деривативну тужбу требало одбацити, али може бити спорно да ли је у том случају реч о недостатку процесне претпоставке која се односи на право на вођење спора или је реч о недостатку правног интереса, као самосталне процесне претпоставке. Имајући у виду да је у овом случају реч о одбацивању тужбе због чињеница које постоје на страни тужиоца, требало би да је реч о непостојању права на вођење спора, као процесне претпоставке која се односи на странке. Правни интерес, као правнозаштитна потреба, када је реч о тужбама код којих постоји раздвајање стварне и процесне легитимације је питање које се поставља након што се утврди постојање права на вођење спора. Такође, правни интерес за подношење тужбе се цени у контексту односа странке према предмету спора, а законом прописани услови за подношење деривативне тужбе не задиру у ово питање.

Кад је реч о пасивној легитимацији у поступку по деривативној тужби, околности су мало другачије. Наиме, теорија грађанско процесног права у процесне претпоставке које се тичу странака убраја само право на вођење спора, али не и способност да се буде тужени. У том смислу чак и када је законом изричито прописано да само лице одређеног својства може бити тужени, у случају да тужилац као туженог код конкретне врсте тужбе значи лице које нема то својство, судови у пракси не одбацују тужбу, већ доносе мериторну одлуку којом се тужба одбија. Имајући у виду да теорија готово једногласно заступа став да тужбу треба одбацити и у случају када недостаје пасивна процесна легитимација,<sup>1493</sup> није јасно из ког разлога судови у овом случају доносе мериторну одлуку. Дакле, уколико се одмах по подношењу тужбе или у раној фази поступка утврди да тужени који је у том својству означен у тужби по самом закону не може имати положај туженог у поступку по деривативној тужби, нема основа за наставак поступка и доношење мериторне одлуке. Није спорно да у појединим случајевима суд само на основу навода тужбе неће бити у могућности да утврди да ли постоји или не пасивна процесна легитимација, али исти проблеми могу постојати и у односу на остале процесне претпоставке што није био разлог да суд тада доноси мериторну одлуку.

---

<sup>1493</sup> С. Трива, 235; Б. Познић, В. Ракић Водинелић, 205; М. Дика (2008а), 70.

Приликом испитивања постојања пасивне легитимације посебно могу бити спорне ситуације у којима ЗПД прописује посебне основе искључења одговорности, као што је на пример савесност трећег лица код закључења послова или предузимања радњи са личним интересом. У овом случају одредбе материјалног права не утичу на оцену постојања процесне легитимације, већ основаност тужбеног захтева. Дакле, одређено треће лице као учесник правног посла са личним интересом може имати својство туженог у поступку, а да ли ће у односу на њега бити усвојен тужбени захтев зависи од околности да ли може да докаже постојање савесности као основа за искључење од имовинске одговорности према друштву. Сличне околности могу постојати уколико се на месту туженог налази директор друштва, при чему постоји несагласност између регистрованог и фактичног стања. Наиме, како је било наведено у оквиру излагања о субјективном домену примене деривативне тужбе, постоји могућност да радња повреде буде учињена како од стране регистрованог директора, тако и од стране лица које је на функцију именовано одлуком друштва која још увек није регистрована, јер у оба случаја радња повреде може укључивати и трећа лица која су се поуздали у податке објављене у регистру, односно искористила су законом прописну могућност да се поуздају у податке који су им предочени, али који још увек нису регистровани. У обе наведене ситуације, вероватно је да не би било могуће одвојено разматрати процесну и стварну легитимацију, већ би се исход спора у контексту пасивне легитимације ипак морао решити мериторном одлуком, јер у обе ситуације само једно лице може бити одговорно према друштву.

Када је реч о процесној легитимацији странака, потребно је указати да околност да ЗПП изричито не уређује појам процесне легитимације нарочито долази до изражаја у случају када суд упркос недостатку процесне легитимације (активне или пасивне) ипак донесе мериторну одлуку. У овом случају се поставља питање по ком основу је могуће оспорити донету пресуду. Наиме, с обзиром на то да ЗПП не уређује појам процесне легитимације жалба против пресуде се не би могла изјавити због повреде правила поступка. У наведеној ситуацији две могућности стоје на располагању. Прво, да се жалба изјави због недостатка правног интереса тужиоца и по том основу од другостепеног суда захтева одбацивање тужбе. Друго, могло би се истицати да је реч о погрешној примени материјалног права, односно ЗПД, јер сходно овим одредбама тужилац или тужени нису могли имати процесну легитимацију за учешће у поступку по деривативној тужби. Међутим, обе

могућности могу бити спорне. Прва могућност из разлога јер процесна легитимација није исто што и правни интерес, а друга могућност из разлога јер одредбе материјалног права по правилу треба да утичу на основаност, а не дозвољеност тужбе. Ипак, у присуству правне празнине ЗПП по овом питању, друга могућност чини се прихватљивијом, јер правни интерес за подношење тужбе, чак ни у ширем смислу не би требало поистовећивати са процесном легитимацијом. Са друге стране, одредбе материјалног права, иако у ограниченом броју случајева, ипак могу утицати на дозвољеност тужбе, као што су на пример, одредбе које могу утицати на оцену постојања страначке или парничне способности. На исти начин, одредбе материјалног права требало би да утичу и на оцену постојања процесне легитимације. На крају, осим наведеног, у односу на процесну легитимацију је посебно спорно да ли процесна легитимација мора постојати до правоснажног окончања поступка или само у тренутку доношења првостепене пресуде. У теорији је изнет став да процесна легитимација треба да постоји у тренутку закључења главне расправе, односно пресуђења, међутим овај закључак може бити доведен у питање.<sup>1494</sup> Члан 79 ст. 2 ЗПД може указивати да код деривативне тужбе тужилац мора имати процесну легитимацију до правоснажног окончања поступка, па чак и у поступку по ванредним правним лековима.

Поред питања процесне легитимације, суд приликом претходног испитивања деривативне тужбе требало би да обрати пажњу и на чињеничне наводе тужбе, као и сам тужбени захтев, јер како је наведено у претходним излагањима, могуће је да деривативна тужба обухвата предмет спора који је изван законом дефинисаног објективног домена примене деривативне тужбе. У случају да тужилац истиче недозвољен тужбени захтев или дозвољен тужбени захтев заснива на чињеницама и материјалном праву које је изван објективног домена деривативне тужбе, тужбу би такође требало одбацити. У овом случају је веома тешко разлучити да ли је реч о недостатку права на вођење спора или не постоји правни интерес за истицање тужбеног захтева. Имајући у виду да тужилац испуњава опште услове за подношење тужбе, право на вођење спора није спорно на начин као у случају када тужилац не испуњава те услове. Дакле, у овом случају недозвољеност тужбе се јавља тек у међусобном односу тужиоца према предмету спора, што указује да је вероватно реч о недостатку правног интереса за подношење тужбе. Иста ситуација би постојала,

---

<sup>1494</sup> С. Трива, 237; А. Јакшић, 298; Б. Познић, В. Ракић Водинелић, 53.

као и када би у било ком другом случају тужилац поднео тужбу којом се штите права трећег лица, а да за то не постоји основ у закону или правном послу, а када би тужба била одбачена због недостатка правног интереса.

Такође, када је реч о предмету спора, уколико суд на основу садржине тужбеног захтева утврди да тужилац тужбени захтев није поставио у своје име, а за рачун привредног друштва чији је члан, већ у своје име, тада би суд поступак требало да настави као код редовних тужби, јер је тада неспорно да није реч о деривативној тужби.

На крају, у контексту утуживости права, уколико постоји одлука скупштине којом се друштво одриче права на накнаду штете према директору, или уопште пуноважан споразум о искључењу права на подношење деривативне тужбе, суд би тужбу такође требало да одбаци због непостојања процесне претпоставке која се односи на предмет спора, односно утуживост субјективног права. По правилу, суд би могао да утврди да не постоји наведена процесна претпоставка тек по пријему одговора на тужбу.

Последње питање које се у овом делу поставља јесте да ли је суд у обавези да одржи рочиште поводом разлога за одбацивање деривативне тужбе, а који су специфични само за деривативну тужбу. Подразумева се да уколико суд утврди неки други основ за одбацивање тужбе, у том случају треба да поступи сходно општим правилима ЗПП. У том погледу ЗПП у чл. 294 прописује да је суд у обавези да одржи рочиште на којем би се расправљало о постојању разлога за одбацивање тужбе, уколико тужбу треба да одбаци из следећих разлога: 1) одлучивање о тужбеном захтеву не спада у судску надлежност (члан 16); 2) тужба је поднета неблаговремено, ако је посебним прописима предвиђен рок за подношење тужбе; 3) о истом захтеву већ тече парница; 4) ствар је правноснажно пресуђена; 5) у истој ствари је закључено судско поравнање; 6) не постоји правни интерес тужиоца за подношење тужбе из члана 194. овог закона; 7) тужба је неразумљива или непотпуна. Имајући у виду наведени члан закона суд би неспорно требало да одржи рочиште поводом одбацивања деривативне тужбе уколико утврди да деривативна тужба није поднета у законом прописаном року, као и уколико утврди да тужиоцу недостаје правни интерес за подношење тужбе. Са друге стране, на основу цитиране одредбе ЗПП проистиче да суд није у обавези да одржи рочиште уколико утврди да не постоје остале процесне претпоставке које су карактеристичне само за



деривативну тужбу. На примеру деривативне тужбе, где нарочито може постојати потреба за расправљањем око чињеница од којих зависи одлука о постојању свих процесних претпоставки за наставак поступка по тужби, уочава се да чл. 294 прописује сужен круг основа који обавезују суд да закаже рочиште поводом одбацивања тужбе. Имајући у виду велики број процесних претпоставки које могу бити спорне код деривативне тужбе, целисходно је да суд закаже рочиште поводом одбацивања деривативне тужбе и онда када не постоји изричита обавеза сходно чл. 294 ЗПП.

### 1.5. Достављање деривативне тужбе на одговор и држање туженог у парници

Уколико суд оцени да су испуњене процесне претпоставке за наставак поступка по деривативној тужби, суд ће тужбу доставити туженом на одговор или заједно са позивом за главну расправу, уколико је реч о спору мале вредности.<sup>1495</sup> Након пријема тужбе од стране туженог парница по деривативној тужби почиње да тече, односно наступа литиспенденција.<sup>1496</sup> У том погледу тренутак пријема тужбе од стране туженог је посебно значајан за деривативну тужбу због института литиспенденције, као и процесних средстава која туженом стоје на располагању у циљу одбране од тужбеног захтева.

#### 1.5.1. Литиспенденција у поступку по деривативној тужби

Правило о забрани двоструке литиспенденције се може дефинисати као забрана да међу истим странкама теку две парнице о истом предмету спора.<sup>1497</sup> Уколико постоји двострука литиспенденција, у поступку који је касније покренут не постоји процесна претпоставка која се односи на предмет спора. У том погледу ЗПП прописује да док парница тече, не може се у погледу истог захтева покренути нова парница међу истим странкама, а ако таква парница буде покренута, суд ће тужбу да одбаци.<sup>1498</sup>

Двострука литиспенденција постоји уколико у два или више парничних

---

<sup>1495</sup> ЗПП, чл. 296, 472.

<sup>1496</sup> ЗПП, чл. 203 ст. 1.

<sup>1497</sup> Б. Познић (2009), 474.

<sup>1498</sup> ЗПП, чл. 203 ст. 2.

поступка постоји субјективни и објективни идентитет тужбе. Субјективни идентитет тужбе се односи на странке које учествују у поступку, док се објективни идентитет односи на истоветност предмета спора.<sup>1499</sup>

Забрана двоструке литиспенденције код деривативне тужбе има посебан значај.

Првенствено, проблеми који се односе на дефинисање предмета спора код деривативне тужбе, о чему је било речи у претходним излагањима, се самим тим последично преносе и на утврђивање постојања двоструке литиспенденције.

Поред наведеног, код деривативне тужбе постоји још један проблем који може проузроковати озбиљне потешкоће у примени забране двоструке литиспенденције. Наиме, сходно ЗПП да би могла постојати двострука литиспенденција најпре је потребно утврдити да ли између одређених странака већ тече други парнични поступак, а тек потом се утврђује да ли постоји истоветност предмета спора. У том погледу, уколико не постоји субјективни идентитет тужбе, не може постојати ни двострука литиспенденција, иако се можда у више парница расправља о истом предмету спора, у контексту истог правног или чињеничног питања. Овакав закључак је у основи оправдан, јер је тада по правилу неспорно да се расправља о правима која припадају различитим лицима, иако је право по својој садржини слично или идентично. У случају деривативне тужбе постојање субјективног идентитета тужбе, као услова за оцену постојања двоструке литиспенденције може бити проблематично.<sup>1500</sup> Наиме, имајући у виду да деривативну тужбу може да поднесе сваки члан који поседује 5% учешћа у основном капиталу друштва, у пракси се може догодити да је поднето више деривативних тужби против истог туженог, а са идентичним предметом спора. Уколико наступи ова ситуација, полазећи од сврхе правила о забрани двоструке литиспенденције јасно је да постојање више поступака о истом предмету спора деривативне тужбе не би било целисходно, али ни оправдано. С обзиром на околност да не постоје посебна правила о забрани двоструке литиспенденције код деривативне тужбе, на основу постојећих одредби ЗПП суд не би имао овлашћење да одбаци деривативну тужбу која је касније поднета, јер у поступцима не постоји

---

<sup>1499</sup> Вид. А. Јакшић, 343.

<sup>1500</sup> Идентичан проблем може постојати и код других тужби код којих постоји раздвајање стварне и процесне легитимације, вид. Бранка Бабовић „О дискрепанци између стварне и процесне легитимације код организационих тужби“, *Српска политичка мисао* 4/2015, 147-165.

субјективни идентитет тужбе, с обзиром на околност да се различити чланови друштва јављају као тужиоци.

Имајући у виду наведено, неопходно је у српском праву прописати посебно правило о забрани двоструке литиспенденције у поступку по деривативној тужби, на начин да се субјективни идентитет тужбе као услов за постојање двоструке литиспенденције ограничено примењује, те да у околностима када постоји више деривативних тужби са истим предметом спора, то би представљало сметњу за наставак поступка по касније поднетим тужбама.

Поред претходно наведеног посебно проблематично може бити уколико више поступка по различитим деривативним тужбама садржи само део идентичног предмета спора. У овом случају, уколико је изводљиво суд би могао да одбаци само део тужбеног захтева.

У овом тренутку једино решење које може да умањи негативне последице постојања идентичних деривативних тужби поднетих од стране више чланова друштва је спајање свих поступака и доношење јединствене пресуде. Последње наведено може представљати алтернативно решење, те уместо прописивања посебних услова за постојање двоструке литиспенденције код деривативне тужбе може се прописати да уколико је поднето више деривативних тужби са истим предметом спора, по самом закону суд би био дужан да донесе решење о спајању поступка, као што је тренутно случај са тужбама несагласних акционара.<sup>1501</sup> Међутим ово решење можда не би дало идентичне резултате као и посебно правило о забрани двоструке литиспенденције код деривативне тужбе, јер је тужбе могуће поднети у различитом временским интервалима у оквиру законом прописаног објективног рока за подношење деривативне тужбе, уколико је реч о тужби због повреде посебних дужности и искључењу члана друштва са ограниченом одговорношћу. Са друге стране, код тужби које се односе на повраћај недовољних плаћања овај проблем је још израженији, јер закон прописује само јединствен рок застарелости од пет година. У том погледу може се догодити да фактички није могуће спојити све поступке.

На крају, у контексту правила о забрани двоструке литиспенденције у поступку по деривативној тужби, посебно би требало уредити однос између деривативне и директне тужбе, јер се може догодити да друштво по истом основу

---

<sup>1501</sup> ЗПД, 476 ст. 3.

поднесе директну тужбу, али тек након отпочињања поступка по деривативној тужби, јер деривативна тужба не спречава подношење директне тужбе. Поред наведеног, могуће је да деривативна тужба буде покренута и након подношења директне тужбе, уколико чланови нису били обавештени о подношењу директне тужбе, већ су само добили негативан одговор друштва о претходном захтеву. Ово питање је уређено у немачком праву, које прописује да друштво у сваком тренутку има право да поднесе тужбу ради заштите својих права, те уколико је то случај, тужба која је поднета од стране члана се одбацује, чак и уколико је поднета пре тужбе од стране друштва.<sup>1502</sup> Иако се на први поглед може чинити да директна тужба треба да има приоритет у односу на деривативну, потребно је имати у виду да би некада подношење директне тужбе након деривативне могло бити резултат злоупотребе и усмерено само ка одбацивању деривативне тужбе. Имајући у виду да би се у датој ситуацији од туженог захтевала иста чинида у две одвојене тужбе, једино неспорно је да обе тужбе не би могле паралелно постојати, али је спорно којој тужби би требало дати предност, што је питање на које би одговор требало да пружи судска пракса, посматрано у односу на ситуације у којима долази до подношење обе врсте тужби. Уколико би се уочило да подношење директне тужбе није резултат злоупотребе, тада би неспорно требало дати предност директној тужби.

#### *1.5.2. Могућност истицања противтужбе и приговора компензације у поступку по деривативној тужби*

Уопштено посматрано, тужени код деривативне тужбе има на располагању две групе приговора, прва група се односи на услове за подношење деривативне тужбе и вођење поступка по деривативној тужби, док се друга група приговора односи на оспоравање основаности тужбеног захтева.<sup>1503</sup>

У поступку по редовним тужбама противтужба и приговор компензације представљају значајна процесна средства која туженом стоје на располагању пре свега у циљу оспоравања основаности тужбеног захтева. Противтужба се може дефинисати као тужба коју тужени подноси против тужиоца током трајања

---

<sup>1502</sup> AktG, §148 (3).

<sup>1503</sup> R. Hamilton, 552-553.

парничног поступка, све до закључења главне расправе.<sup>1504</sup> Међутим, тужени није слободан да одреди садржину противтужбе, већ предмет спора по противтужби мора бити у складу са законским оквирима. У том погледу ЗПП прописује три врсте противтужби, а то су конексна, прејудицијелна и компензациона противтужба.<sup>1505</sup> Конексна противтужба се подноси уколико између захтева по тужби и противтужби постоји одређена веза, на основу које позитиван исход о противтужби може да доведе до одбијања тужбеног захтева.<sup>1506</sup> Компензациона противтужба се подноси уколико тужени има потраживање према тужиоцу, а које је веће од потраживања које тужилац истиче према туженом.<sup>1507</sup> На крају, прејудицијелном противтужбом се захтева утврђење неког права или правног односа од чијег постојања или непостојања зависи у целини или делимично одлука о тужбеном захтеву.<sup>1508</sup> Са друге стране, приговор компензације је по свом домену ограничен само на случај када тужени има одређено потраживање према тужиоцу које сходно правилима материјалног права може да се пребије са потраживањем које тужилац истиче у тужби. Имајући у виду наведено, у ситуацији када тужени има одређено потраживање према тужиоцу, одлука о томе да ли ће поднети компензациону противтужбу или ће истаћи компензациони приговор зависи од чињенице да ли је висина потраживања туженог већа или мања од постављеног тужбеног захтева.<sup>1509</sup>

У упоредном праву углавном се износи закључак да код деривативне тужбе није дозвољено истицати противтужбу или компензациони приговор, па чак и онда када друштво има статус странке у поступку.<sup>1510</sup> Исто правило би требало прихватити и у српском праву, у односу на сегмент одбране туженог који се односи на оспоравање основаности тужбеног захтева. Наиме, уколико тужени има потраживање према друштву, противтужба или приговор компензације не би били дозвољени јер друштво није странка у поступку. Противтужба, као и било које друго процесно правно средство одбране се може истицати само у односу на странку у поступку, али не и у односу на лица која не учествују у поступку, што би у овом случају било друштво. Са друге стране, уколико тужени има потраживање

---

<sup>1504</sup> Б. Познић, В. Ракић Водинелић, 350.

<sup>1505</sup> ЗПП, чл. 198.

<sup>1506</sup> Б. Познић, В. Ракић Водинелић, 350.

<sup>1507</sup> *Ibid.*

<sup>1508</sup> *Ibid.*

<sup>1509</sup> *Ibid.* Приговор пребијања се помиње на два месту у ЗПП – чл. 355 и 359.

<sup>1510</sup> R. Hamilton, 538.

према члану друштва који се јавља као тужилац у поступку по деривативној тужби, истицање противтужбе или компензационог приговора такође не би било дозвољено, јер тужилац у поступку не истиче тужбени захтев у своје име, већ у име друштва, те самим тим узајамна потраживања не би могла да се пребију или уопште да се доведу у везу у контексту основаности тужбеног захтева. Веома значајан аргумент који говори у прилог недозвољености противтужбе у поступку по деривативној тужби јесте тај да уколико је реч о праву туженог које постоји према друштву, а које би могло да буде предмет противтужбе, дозвољавањем противтужбе или компензационог приговора би се фактички проширио објективни домен примене деривативне тужбе, противно одредбама ЗПД, јер би члан друштва расправљао пред судом о материјално правном односу друштва, који иначе не може бити предмет поступка по деривативној тужби. Поред наведеног, у односу на противтужбу код деривативне тужбе постоји и ограничење практичне природе, а то је да тужилац као члан друштва није довољно упознат са детаљима потраживања које би тужени могао да истиче према друштву.

Дакле, суд не би требало да дозволи противтужбу или компензациони приговор који се тиче правног односа између друштва и туженог или правног односа члана друштва и туженог. На тај начин се долази до закључка да конексна и компензациона противтужба нису дозвољене у поступку по деривативној тужби. У случају да ове врсте противтужби буду поднете суд би требало да их одбаци као недозвољене.

Са друге стране, у зависности од околности случаја прејудицијелна противтужба би могла бити дозвољена у поступку по деривативној тужби, уколико се односи на оспоравање процесне легитимације или уопште испуњеност услова за вођење поступка по деривативној тужби. У овом случају дозвољеност противтужбе се заснива на чињеници да се њоме не проширује објективни домен примене деривативне тужбе, већ се расправља о питањима која могу бити релевантна за наставак поступка по деривативној тужби. На први поглед чини се да би то могла бити тужба којом се захтева утврђење ништавости правног основа тужиоца или туженог за стицање чланства у друштву, међутим имајући у виду да би по правилу тужбом требало обухватити и треће лице, вероватно је да ни у овом случају противтужба не би била дозвољена.

## 1.6. Припремно рочиште, односно прво рочиште за главну расправу

Припремно рочиште, односно прво рочиште за главну расправу (уколико је реч о спору мале вредности) представља веома значајну фазу поступка, јер суд тада предузима радње на основу којих се формирају услови за мериторно одлучивање. Наиме, суд на припремном рочишту утврђује које су чињенице неспорне, односно општепознате, а које су чињенице спорне и која би правна питања требало да се расправе.<sup>1511</sup> Такође, суд тада одлучује која ће доказна средства да изведе на главној расправи и решењем одређује временски оквир за спровођење поступка.<sup>1512</sup> Припремно рочиште би требало да представља последњи процесни моменат да суд утврди да ли су испуњење процесне претпоставке за наставак поступка и доношење мериторне одлуке. Имајући у виду да је деривативна тужба посебна врста тужбе, по којој се парнични поступак може водити тек уколико су испуњене бројне процесне претпоставке, на припремном рочишту у поступку по деривативној тужби суд би посебну пажњу требало да посвети процесним претпоставкама које су карактеристичне само за деривативну тужбу.

Управо због чињенице да код деривативне тужбе постоји велики број процесних претпоставки, било би целисходно увести обавезу суда да на припремном рочишту у поступку по деривативној тужби донесе решење којим ће се констатовати да су испуњене процесне претпоставке за вођење поступка, иако то суд не чини у поступцима по редовним тужбама. Утврђивање постојања процесних претпоставки за вођење поступка по деривативној тужби, управо због њиховог броја, некада неће бити лак задатак, јер ће захтевати спровођење одређеног испитног поступка. Међутим, околност да је потребно спровести посебан испитни поступак ради утврђења постојања процесних претпоставки за вођење поступка, не оправдава суд да у иницијалној фази поступка пренебрегне чињеницу да на пример, тужилац можда није члан друштва у време подношења деривативне тужбе и да ово питање расправи тек у одмаклој фази поступка и тада одбаци тужбу. Имајући у виду наведено постоји основ и за увођење посебног рочишта ради одлучивања о постојању процесних претпоставки за вођење поступка по деривативној тужби, а пре свега постајања процесне легитимације и које би се одржавало пре припремног

---

<sup>1511</sup> ЗПП, чл. 308 ст. 2.

<sup>1512</sup> ЗПП, чл. 308 ст. 3.

рочишта. На тај начин би се припрема главне расправе по деривативној тужби одвијала у две фазе, прва фаза би се односила на утврђивање постојања процесних претпоставки за вођење поступка, а друга фаза би се односила на одржавање припремног рочишта у смислу одношења одлука о управљању процеса мериторног одлучивања о деривативној тужби.

### 1.7. Ток главне расправе

Ток главне расправе у поступку по деривативној тужби, у основи не одступа од уобичајеног тока главне расправе у другим парничним поступцима. Ипак, постоје одређене специфичности деривативне тужбе које могу захтевати измене општих правила о току главне расправе или другачије тумачење постојећих правила, а односе се на јавност расправљања и доказни поступак. Такође, ЗПД садржи посебна правила о терету доказивања која се примењују у поступку по деривативној тужби.

#### 1.7.1. Јавност поступка

Јавност парничног поступка се у теорији дефинише као могућност да унапред неограничен круг лица може присуствовати расправљању пред судом, без доказивања одређеног правног интереса.<sup>1513</sup> У овом случају реч је о општој непосредној јавности у ужем смислу.<sup>1514</sup> Непосредна општа јавност у ужем смислу није апсолутна, те може бити искључена по сили закона или одлуком суда. Поред наведеног у теорији је формиран и појам опште посредне јавности у ужем смислу, која се односи на круг лица којима је дозвољено разгледање списка предмета. За разлику од опште непосредне јавности у ужем смислу, општа посредна јавност у ужем смислу је углавном условљена доказивањем постојања правног интереса.<sup>1515</sup> Јавност поступка, уколико постоји, подразумева и могућност да лица која су присуствовала поступку даље преносе или коментаришу сазнања до којих су дошли својим присуством, по ком основу је у теорији формиран додатни појам посредне јавности у ширем смислу, која подразумева могућност јавног расправљања о

---

<sup>1513</sup> Mihajlo Dika, „Načelo javnosti u parničnom postupku – prilog pokušajima opravdanja i reafirmacije instituta“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* Vol. 29, No. 1 2008, 3.

<sup>1514</sup> *Ibid.* 4.

<sup>1515</sup> *Ibid.*



поступку.<sup>1516</sup> Поред појма опште јавности, теорија познаје и појам страначке, супститутивне и интересне јавности. У сва три случаја јавност поступка је дозвољена у односу на одређена лица, а у околностима када је искључена општа непосредна јавност, било по сили закона или одлуком суда.<sup>1517</sup>

ЗПП прописује да је главна расправа јавна (општа непосредна јавност у ужем смислу). Такође, ЗПП прописује одређена ограничења јавности, као и основе за искључење јавности одлуком суда, у ком случају увек постоји страначка јавност, а по одлуци суда може постојати супститутивна и интересна јавност.<sup>1518</sup> У случају када је јавност главне расправе искључена суд упозорава присутна лица да су дужна да као тајну чувају све оно што су на расправи сазнала.<sup>1519</sup> Дакле, ЗПП као аутоматску последицу искључења опште непосредне јавности у ужем смислу, подразумева искључење посредне јавности у ширем смислу. У односу на општу посредну јавност у ужем смислу (доступност списка предмета) ЗПП прописује да осим странкама и њиховим заступницима, односно пуномоћницима, суд може дозволити и другим лицима да прегледају, фотокопирају, фотографишу и преписују спис парнице, уколико за то имају оправдан интерес.<sup>1520</sup>

У поступку по деривативној тужби јавност расправљања може имати велики значај било да је реч о посредној или непосредној општој јавности у ужем смислу, јер се током поступка може расправљати о пословним подацима који су од великог значаја за друштво. Нарочито када је реч о захтеву за накнаду штете (изгубљене добити) суду може бити достављена документација која открива пословне планове друштва. Отуда, у одређеним околностима легитиман интерес привредног друштва, може изискивати потребу за искључењем опште јавности у ужем смислу (непосредне и посредне).

Међутим, на основу постојећих одредби ЗПП, јавност поступка не би могла бити искључена ради заштите легитимних интереса привредног друштва у поступку

---

<sup>1516</sup> *Ibid.*

<sup>1517</sup> Страначка јавност обухвата лица на која се не може односити искључење опште непосредне јавности у ужем смислу (то су странке, њихови заступници и умешачи). Супститутивна јавност обухвата лица која на захтев странке у поступку могу да присуствују расправи на којој је искључена општа непосредна јавност у ужем смислу. Интересна јавност обухвата лица којима закон дозвољава да присуствују расправи у околностима када је искључена општа непосредна јавност у ужем смислу, као и лица којима је одобрен увид у списе предмета. *Ibid.* 17, 19, 20.

<sup>1518</sup> ЗПП, чл. 321.

<sup>1519</sup> ЗПП, чл. 323 ст. 4.

<sup>1520</sup> ЗПП, чл. 149.

по деривативној тужби, које између осталог и није странка у поступку. Наиме, ЗПП прописује да суд може да искључи општу непосредну јавност у ужем смислу за целу главну расправу или један њен део, ради заштите интереса националне безбедности, јавног реда и морала у демократском друштву, као и ради заштите интереса малолетника или приватности учесника у поступку.<sup>1521</sup> Једини разлог за искључење јавности који долази у обзир за разматрање у случају деривативне тужбе јесте заштита интереса приватности учесника у поступку, међутим вероватно је да се у овом случају за потребе искључења јавности друштво не може сматрати учесником у поступку. Такође, појам „приватни интереси“ на први поглед упућују на интерес физичког лица, а не правног лица. Међутим, у овој сфери, правна лица такође могу имати одређене пословне интересе, у виду потребе заштите осетљивих пословних информација (не нужно и пословне тајне) од доступности широј јавности. У том погледу постоје права која као један од основа за искључење јавности прописују потребу заштите пословне тајне.<sup>1522</sup> Поред поступка по деривативној тужби, потреба за заштитом легитимних интереса друштва, у контексту спречавања доступности значајних пословних информација може постојати и у другим привредним споровима, који су тренутно у српском праву потпуно изван домена примене искључења јавности расправљања, што указује на недовољну свест законодавца о потреби заштите интереса привредних субјеката.

Имајући у виду наведено потребно је размотрити могућност увођења додатних основа за искључење јавности са главне расправе у поступку по деривативној тужби, како би се пружила заштита свим легитимним интересима који се могу јавити у поступку. У прилог наведеном говори и чл. 6 Европске конвенције о људским правима, који дозвољава да јавност у поступку буде ограничена „у мери која је, по мишљењу суда, неопходно потребна у посебним околностима када би јавност могла да нашкоди интересима правде“. На крају, пружање заштите у виду тајности података о пословању друштва могло би да допринесе и одвијању поступка по деривативној тужби, јер је претпоставка да би у том случају постојала шира слобода достављања документације од стране друштва.

У односу на други сегмент јавности расправљања који се односи на могућност увида у списе предмета, тренутно важеће правило може бити у једнакој

---

<sup>1521</sup> ЗПП, чл. 322.

<sup>1522</sup> М. Dika (20086), 13.

мери неефикасно као и решење које се односи на јавност главне расправе, јер лица која потичу из унутрашње сфере друштва, а која могу бити заинтересована за опструкцију поступка, лако могу остварити привид постојања правног интереса за увид у списе, а на основу положаја који имају у друштву. У том погледу, код ове врсте опште јавности у поступку по деривативној тужби може постојати потреба за додатним сужавањем јавности поступка.

Поред опште јавности у ужем смислу (посредне и непосредне), за поступак по деривативној тужби је од значаја и посредна јавност у ширем смислу, односно могућност да лица проносе информације о поступку и садржини доказа која им је позната применом правила о општој, страначкој, супститутивној и интересној јавности. У том погледу уколико би се у поступку по деривативној тужби ограничила општа непосредна јавност у ужем смислу, неопходно би било задржати постојеће ограничење о посредној јавности у ширем смислу, која спречава да лица која присуствују расправи могу одавати информације о поступку. Поред наведеног, у односу на деривативну тужбу идентично ограничење би имало значајну функцију и у односу на општу посредну јавност у ужем смислу (увид у списе предмета).

У овом тренутку је тешко оценити да ли има потребе за прописивањем посебних правила о искључењу јавности расправљања у поступку по деривативној тужби, јер како нема великог броја тужби у пракси, није могуће утврдити да ли има потребе за пружањем посебне заштите у виду тајности поступка. За одговор на постављено питање било би неопходно ослушкивати потребе праксе, уколико деривативна тужба буде заживела као институт компанијског права, али је ово тема која свакако заслужује пажњу и на коју би требало обратити пажњу у будућности.

### *1.7.2. Доказивање (доказна средства) и доказни поступак код деривативне тужбе*

По питању доказивања и доказних средстава у поступку по деривативној тужби не постоје значајније специфичности, у поређењу са осталим тужбама. Међутим, оно што може изазвати проблем у поступку по деривативној тужби јесте дискреционо право суда да одлучи који докази ће бити изведени у поступку, а што се уочава на основу појединих одлука судова у поступцима по директним тужбама због повреде посебних дужности. Наиме, користећи се овлашћењем из чл. 229 ЗПП у вези чл. 484, судови неретко одбијају извођење доказа саслушањем сведока у

споровима који се односе на повреду посебних дужности према привредном друштву, а које представљају веома важан сегмент објективног домена примене деривативне тужбе. Овакво поступање судова је посебно проблематично у односу на повреду дужности забране конкуренције, сукоба интереса или чувања пословне тајне, где се повреда дужности по правилу чини фактичким радњама, које нису праћене одређеним писаним доказима. У оквиру излагања о посебним дужностима према друштву, наведен је пример повреде дужности забране конкуренције који је сада већ прилично чест у пракси, а то је случај када се лице које има дужност према друштву фактички анагажује у конкурентном друштву, при чему нема било какво формално својство у том друштву. У оваквим околностима повреда дужности према друштву може се утврдити једино сведоцима, на пример, запосленима у конкурентном друштву или пословним сарадницима оба друштва. Одбијање судова да у наведеним околностима одреде доказ саслушањем сведока (јер је тада потребно саслушати на десетине сведока, а не само неколико лица), као последицу има фактичко искључење одговорности туженог и самим тим ограничавање домена примене посебне дужности према друштву, што вероватно није била намера законодавца, јер не постоји други доказ којим би тужилац могао да потврди наводе тужбе. Лица која су склона да чине повреду посебних дужности према друштву по правилу то не чине на начин да о постојању повреде остављају писане доказе, из ког разлога је неопходно да код ове врсте привредних спорова судови имају више разумевања о природи спора и самог тужбеног захтева. Иако ЗПП не искључује могућност да се у привредним споровима изводи доказ саслушањем сведока, нити се може рећи да је то устаљена пракса судова, из непознатог разлога судови су у односу на повреду дужности према друштву формирали став да је саслушање сведока доказно средство од секундарног значаја. У том погледу, уколико би се таква пракса наставила, било би неопходно кориговати правило о врстама доказа који се изводе у поступку по деривативној тужби и сличним поступцима, на начин да се изостави правило да се спорне чињенице у овој врсти поступка по правилу доказују исправама.

#### 1.7.2.1. Прикупљање доказа – посебно ограничење деривативне тужбе

Било је речи о томе да значајно ограничење деривативне тужбе представља чињеница да потенцијалним тужиоцима често није доступна документација или

информације које су потребне за покретање и вођење поступка. Ограничен приступ доказима потребним за вођење поступка по деривативној тужби се испољава на два начина. Прво, ограничен приступ документацији може да утиче на могућност сазнања члана друштва о постојању основа за подношење тужбе. Друго, када члан друштва стекне сазнање о постојању основа за подношење тужбе, по правилу том члану друштва неће бити доступна сва документација или пословни подаци који су неопходни за предлагање доказа у поступку, из ког разлога ће најчешће бити потребно покренути (судски) поступак за прибављање документације у складу са одредбама ЗПД.

На тај начин се закључује да је прикупљање доказа веома значајно ограничење деривативне тужбе које би требало узети у обзир приликом структурирања парничног поступка по деривативној тужби. Наиме, у случају покретања поступка по деривативној тужби ово ограничење може утицати на могућност тужиоца да i) благовремено достави или предложи суду доказе или способност тужиоца да ii) уопште прибави доказе, а не само до одређеног процесног момента, а што све у значајној мери утиче на исход поступка.

У односу на први вид ограничења прикупљања доказа код деривативне тужбе једно од решења може бити увођење основа за застој поступка<sup>1523</sup> по деривативној тужби до окончања ванпарничног поступка за прибављање документације друштва сходно одредбама ЗПД, при чему би као услов требало прописати да је поступак за прибављање документације покренут пре припремног рочишта или првог рочишта за главну расправу, уколико је реч о спору мале вредности. Поред наведеног, одређивање застоја поступка може имати посебан значај, јер ЗПД прописује кратак субјективни рок за подношење деривативне тужбе од шест месеци. Отуда, уколико би се чекало окончање ванпарничног поступка за прибављање документације од друштва, постоји опасност да у том периоду може протећи рок за подношење деривативне тужбе. Настали проблем се може решити тиме што би се омогућило члану друштва да поднесе тужбу у року, уз право да суду предложи застој поступка до окончања ванпарничног поступка за прибављање документације од друштва. У том смислу, посебно је потребно размотрити дејство негативне одлуке суда о захтеву за достављање документације друштва у ванпарничном поступку, односно да ли би негативна одлука требало да обавезује суд у парничном поступку. Полазећи

---

<sup>1523</sup> ЗПП, чл. 227.

од ограниченог обима расправљања у ванпарничном поступку, негативна одлука суда не би требало да обавезује суд у парничном поступку, што је решење које у складу са општим правилима о дејству негативних одлука донетих у ванпарничном поступку на парнични суд.<sup>1524</sup>

На тај начин се долази до следећег закључка, а то је да у поступку по деривативној тужби посебан значај имају правила о прибављању исправа од трећих лица. Наиме, ЗПП прописује да суд може да нареди трећем лицу да поднесе исправу само ако је оно у складу са законом дужно да је покаже или поднесе или ако је реч о исправи која је по својој садржини заједничка за то лице и странку која се позива на исправу, а уколико треће лице ускрати достављање исправе суд може да изрекне новчано кажњавање. У поступку по деривативној тужби, на могућност прибављања документације од друштва, требало би применити одредбе о прибављању документације од стране трећег лица, јер како је наведено друштво није странка у поступку. Међутим, постојеће правило о достављању исправе од стране трећег лица није одговарајуће за поступак по деривативној тужби, јер знатно сужава могућност прибављања документације од стране друштва. Наиме, услов да се исправа мора доставити само уколико је та обавеза прописана законом или уколико је реч о заједничкој исправи у великом броју случајева може ограничити обавезу друштва на достављање исправе. На пример, како је наведено могуће је да је члан друштва покренуо ванпарнични поступак за достављање документације од стране друштва у коме је донета негативна одлука, па би се могло тумачити да обавеза достављања документације не постоји по закону. Због наведеног је од великог значаја поменуто правило о дејству негативних одлука ванпарничног суда на парнични суд. Такође, документација која је потребна за вођење поступка по деривативној тужби тешко се може подвести под појам заједничке исправе која се одређује као исправа која се по садржини односи на странку и треће лице.<sup>1525</sup> Имајући у виду наведено, обавезу друштва као трећег лица на достављање исправа у поступку по деривативној тужби би требало проширити у односу на постојеће решење, те обавезу не условљавати објективним чињеницама, већ значајем за доказивање у поступку по деривативној тужби о чему би суд одлучивао у сваком конкретном случају. Додатно, пропуштање

---

<sup>1524</sup> Негативне одлуке ванпарничног суда у статусним и другим стварима не обавезују парнични суд. А. Јакшић, 747.

<sup>1525</sup> Вид. Мihaјло Дика, *Грађанско парнично право, Утврђивање чињеница, VII knjiga*, Народне новине, Zagreb 2018, 553.

друштва да суду достави документацију би требало уредити адекватном последицом о терету доказивања (о чему ће бити речи у наставку), које тренутно није прописано ЗПП, јер је једина санкција коју треће лице може сносити новчано кажњавање.<sup>1526</sup> Све претходно наведено суд би требало посебно да цени у околностима када је тужени и даље на функцији у друштву и када и правно и фактички може да утиче на доступност документације члановима друштва.

На крају, због ограниченог приступа документацији друштва, суд би у поступку по деривативној тужби одредбу чл. 314 ЗПП, која прописује да странке могу све до закључења главне расправе да износе нове чињенице и предлажу нове доказе, само ако учине вероватним да без своје кривице нису могле да их благовремено изнесу, требало да тумачи у контексту наведеног ограничења деривативне тужбе.

### *1.7.3. Терет доказивања*

Доказивање у парничном поступку има два одређења, примарно и секундарно. Примарно одређење доказивања дефинише које чињенице се износе у поступку и од стране којих лица. У овом случају реч је о терету тврдње.<sup>1527</sup> Секундарно одређење доказивања у парничном поступку дефинише на којем лицу је терет изношења доказа пред суд (субјективни терет доказивања)<sup>1528</sup> и које лице сноси терет немогућности парничног суда да се увери у постојање одређене чињенице (објективни терет доказивања).<sup>1529</sup> Одредба ЗПП о расподели објективног терета доказивања се примењује уколико претходно одредбама материјалног права није извршена расподела терета доказивања.<sup>1530</sup> У том погледу потребно је указати да ЗПД у одредбама којима се регулише објективни домен примене деривативне тужбе садржи два посебна правила о расподели објективног терета доказивања.

---

<sup>1526</sup> ЗПП, чл. 243.

<sup>1527</sup> А. Јакшић, 423.

<sup>1528</sup> *Ibid.* 425.

<sup>1529</sup> *Ibid.* 426.

<sup>1530</sup> Вид. А. Јакшић, 426-427. У српско право правила о терету доказивања су уведена 1990. године изменама Закона о парничном поступку из 1976. године, али се сматра да је потпуно уређење института постигнуто тек Законом о парничном поступку из 2004. године, а што је све било последица постојања истражног начела, које је у потпуности напуштено тек у закону из 2004. године. Ранко Кеча, „О терету доказивања у парничном поступку“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2013, 76-78.

Наиме, ЗПД у чл. 63 прописује да у случају повреде дужности пажње лице које докаже да је поступало у складу са овим чланом закона није одговорно за штету која из таквог поступања настане за друштво. На овај начин ЗПД је расподелу објективног терета доказивања пребацио на туженог, јер тужени да би се ослободио одговорности за штету мора доказати да је поступао у складу са чл. 63 ЗПД. У овом делу ЗПД је у сагласности са општим правилима о вануговорној одговорности за штету из чл. 154 ЗОО, сходно којем се кривица туженог претпоставља, те је на туженом да докаже да није крив за проузроковану штету. Дакле, у случају деривативне тужбе због повреде дужности пажње тужилац мора да докаже постојање и висину штете, као и узрочну везу између одређене радње или пропуштања туженог и настале штете, те уколико у томе успе кривица туженог се претпоставља.<sup>1531</sup> У овом случају, на туженом је терет тврдње да је поступао у складу са чл. 63 ЗПД, те уколико не успе да докаже ове чињенице применом правила о терету доказивања сматраће се да оне не постоје и да одговорност за штету није искључена. Сличну одредбу ЗПД садржи у односу на повреду дужности пријављивања послова и радњи у којима постоји лични интерес, те је у чл. 68 прописано да се неће сматрати да је дошло до повреде правила о одобравању послова у којима постоји лични интерес ако се у поступку по тужби из чл. 67 овог закона докаже: 1) да је правни посао, односно правна радња била у интересу друштва или 2) да није постојао лични интерес у случају из чл. 65 ст. 3 тач. 3) и 4) овог закона. У овом случају ЗПД није изричито прописао на коме су терет тврдње и терет доказивања, али је очигледно да је терет на туженом. Дакле, и у овом случају тужилац доказује да постоји радња повреде, а тужени да би се ослободио од одговорности мора да докаже да је правни посао или радња била у интересу друштва или да није постојао лични интерес.

На крају, када је реч о правилима о објективном терету доказивања, у поступку по деривативној тужби постоји потреба за прописивањем посебног правила о расподели објективног терета доказивања у односу на случај када друштво, као треће лице, на захтев суда, а по предлогу тужиоца, не достави потребну документацију. Имајући у виду да недостављање документације може бити последица утицаја туженог, настали проблем се може решити применом правила о расподели објективног терета доказивања, на начин да тужени, а не

---

<sup>1531</sup> Ј. Величковић (2013), 82.



тузилац, сноси негативне последице немогућности утврђивања релевантних чињеница, које је последица недостављања документације од стране друштва. Увођење посебног правила у овом случају је неопходно првенствено из разлога јер постојећа санкција за недостављање документације у виду новчаног кажњавања није адекватна за поступак по деривативној тужби. Међутим, у овом случају промена правила о расподели објективног терета доказивања не би требало да буде нужна последица изостанка достављања документације од стране друштва, већ би суд услове за примену посебног правила о објективном терету доказивања требало да заснива на околностима случаја, према могућности утврђивања вероватности да је недостављање документације од стране друштва последица утицаја туженог или са њим повезаним лицима.

#### *1.7.4. Спајање и раздвајање поступака*

ЗПП у чл. 328 прописује да ако пред истим судом тече више парница између истих лица или више парница у којима је исто лице противник разних тужилаца или разних тужених, све ове парнице могу да се решењем суда споје ради заједничког расправљања, ако би се тиме убрзало расправљање или смањили трошкови. Поред наведеног, суд може да одреди да се одвојено расправља о појединим захтевима у истој тужби и по завршетку одвојеног расправљања може да донесе посебне одлуке о тим захтевима.

Када је реч о поступку по деривативној тужби било је речи о томе да би суд требало да споји поступке по деривативним тужбама са истим предметом спора, али које су поднете од стране различитих чланова друштва. Спајање поступка у овим околностима је неопходно у циљу остваривања приближних дејстава правила о забрани двоструке литиспенденције, које у овом случају не може бити примењено. У односу на деривативне тужбе које само делом имају идентичан предмет спора, одлука суда о спајању поступка требало би да се заснива на општим правилима ЗПП. Када је реч о раздвајању поступка, потреба за применом овог института у поступку по деривативној тужби може постојати уколико је тужбом обухваћено више тужених који се терете индивидуално за различите повреде одредби ЗПД, али ће то вероватно бити ређе у односу на случај када постоји потреба за спајањем поступка.

Поред спајања поступака по више деривативних тужби са идентичном предметом спора, у пракси се може поставити и питање да ли је дозвољено спајање поступка по деривативној тужби и другим тужбама, а посебно поступка по индивидуалној тужби. У тренутно важећем ЗПД, однос индивидуалне и деривативне тужбе није регулисан, док је ЗПД 2004 прописивао да члан друштва у исто време може поднети индивидуалну и деривативну тужбу.<sup>1532</sup> Како се могло закључити на основу излагања о односу деривативне и индивидуалне тужбе, оне иако имају исти правни основ – повреда дужности према друштву, представљају две потпуно различите врсте тужби. Међутим, управо чињеница да ове две врсте тужби имају заједнички правни основ, који самим тим барем у делу подразумева и заједнички чињенични основ, потребно је да се у сваком конкретном случају цени да ли постоје услови за спајање поступака по овим тужбама. Наиме, у оба поступка тужбени захтеви могу да се темеље на истим доказима којима се доказују штетне радње. Са друге стране, имајући у виду да је штета коју је потребно доказати различита, истовремено постоје и докази који су значајни само за једну од наведених тужби. Отуда, суд приликом оцене постојања услова за спајање поступака по деривативној и индивидуалној тужби у сваком конкретном случају треба да цени однос доказа који су исти за оба поступка и доказа који се везују само за једну тужбу. Уколико је тежиште у оба поступка на првој групи доказа, онда има основа за спајање поступка, што не би био случај уколико је тежиште у поступку на другој групи доказа.<sup>1533</sup>

#### 1.8. Претходно питање (и прекид поступка)

Прекид поступка и претходно питање представљају два института процесног права који у поступку по деривативној тужби заједно могу имати посебан значај, а који по правилу немају у парничним поступцима који се воде по осталим тужбама.

У теорији се под појмом претходног питања углавном подразумева питање о постојању или непостојању правног односа, који не представља тужбени захтев (није предмет спора), од којег зависи доношење одлуке о тужбеном захтеву и о коме

---

<sup>1532</sup> ЗПД 2004, чл. 42.

<sup>1533</sup> За америчко право вид. В. Савковић (2004), 83-89.

још увек није одлучено од стране надлежног органа.<sup>1534</sup>

У зависности од држања странака у поступку, претходно питање може имати статус редовног, односно обичног или квалификованог претходног питања. Претходно питање добија статус квалификованог претходног питања уколико се истакне у форми инциденталног захтева за утврђење или прејудицијелне противтужбе, док је у свим осталим случајевима реч о обичном претходном питању.<sup>1535</sup>

У поступку по деривативној тужби, као и другим поступцима, може се јавити спорно правно питање од којег зависи одлука о основаности тужбеног захтева. Међутим, у поступку по деривативној тужби може постојати и претходно питање од којег не зависи одлука о основаности тужбеног захтева, већ одлука о постојању процесних претпоставки за вођење поступка. На пример, може бити спорно да ли је тужилац имао статус члана друштва у тренутку подношења тужбе, или уколико је члан тужени, да ли је у тренутку настанка спорних радњи имао својство члана друштва или лица са посебним дужностима према друштву.

Потреба разликовања претходних питања од којих зависи одлука о постојању процесних претпоставки, а нарочито процесне легитимације (активне и пасивне), долази до изражаја најпре поступцима у којима постоји раздвајање стварне и процесне легитимације. Иако у теорији није спорно да и питање од којег зависи одлука о постојању процесних претпоставки има статус претходног правног питања, због превладавајућег мишљења да је ипак реч само о питању од којег зависи одлука о основаности тужбе, потребно је размотрити да ли сходно чл. 12 ЗПП и питање које се односи на постојање процесних претпоставки може имати статус претходног правног питања. Разликовање претходних правних питања која се односе на испуњеност процесних претпоставки и питања која се односе на мериторно одлучивање у поступку по деривативној тужби је додатно значајно, јер се само прва група претходних питања може везивати за странке у поступку, док се друга група претходних питања везује за сферу привредног друштва, по ком основу би могла имати само статус обичног претходног питања, али не и квалификованог претходног питања. Одговор на постављено питање би требало да буде позитиван, јер чл. 12

---

<sup>1534</sup> Б. Познић, В. Ракић Водинелић, 341. Поред наведеног, у теорији постоји и нешто другачије схватање појма претходног питања, те се прави разликовање на претходно питање у ужем и ширем смислу. Више вид. М. Дика (2018), 160-164, 181.

<sup>1535</sup> Б. Познић, В. Ракић Водинелић, 344.

ЗПП говори о претходном правном питању од којег зависи одлука, при чему та одлука може бити и решење о одбачају тужбе. У случају да је ЗПП имао намеру да институт претходног питања веже искључиво за пресуду, онда би вероватно у закону стајало да је реч о питању од којег зависи доношење пресуде или одлука о спору.

Имајући у виду да процесне претпоставке морају бити испуњене почев од тренутка подношења тужбе, па до окончања поступка,<sup>1536</sup> логика налаже да онда сва спорна правна питања која могу да утичу на оцену постојања активне или пасивне процесне легитимације, или уопште дозвољеност деривативне тужбе, требало би да се правно квалификују као претходно питање. Међутим, на примеру спора о постојању активне процесне легитимације у поступку по деривативној тужби може се видети специфичност претходног питања као процесног института, која се испољава само у поступку по деривативној тужби.

Наиме, једно од значајнијих питања које се може јавити у поступку по деривативној тужби јесте да ли је пуноважан уговор тужиоца о стицању удела у друштву, јер уколико се правоснажном одлуком суда утврди да је уговор о преносу удела ништав или рушљив, то ће као нужну последицу довести до брисања уписа тог члана код Агенције за привредне регистре<sup>1537</sup> и самим тим до губитка активне легитимације (у овом случају долази до понављања поступка пред Агенцијом за привредне регистре који се покреће по службеној дужности). Исте околности могу постојати и када је реч о раскиду уговора. Овај закључак би се могао применити и у односу на власништво над акцијама.<sup>1538</sup> Код овог питања потребно је имати у виду да чл. 31 Закона о поступку регистрације у Агенцији за привредне регистре прописује да одлуке донете у поступку по ванредним правним средствима производе дејство за убудуће, које правило се примењује у случају брисања претходно регистрованих података на основу одлуке суде. У поступку по

---

<sup>1536</sup> Уз постојање одређених изузетака у односу на поједине процесне претпоставке, које у овом случају нису релевантне. Вид. А. Јакшић, 298-299; С. Трива, 237.

<sup>1537</sup> Закон о поступку регистрације у Агенцији за привредне регистре, *Службени гласник РС*, бр. 99/2011 и 83/2014; Закон о општем управном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 18/2016, чл. 176-177.

<sup>1538</sup> Закон о тржишту капитала у чл. 229 прописује да се пренос права из финансијских инструмената врши на основу налога за пренос који даје члан Централног регистра, као и на основу одговарајућег правног посла, а у складу са правилима Централног регистра, као и на основу одредаба закона и правоснажне судске одлуке, односно одлуке надлежног органа.

деривативној тужби измена регистрованог стања је првенствено значајна за тужиоца, који мора имати процесну легитимацију од тренутка подношења тужбе, па до окончања поступка (уколико се изузме случај сингуларне сукцесије власништва над уделом или акцијама).

Имајући у виду правила о дејству промене регистрованог стања, а у контексту института претходног питања код деривативне тужбе, потребно је указати на следеће.

Уколико захтев за утврђење ништавости или поништај уговора о стицању удела тужиоца није истакнут у форми самосталног тужбеног захтева или противтужбе, спор око постојања чланства тужиоца у друштву не би требало квалификовати као претходно питање. Наиме, уколико би се у наведеној ситуацији спорно питање ипак квалификовало као претходно правно питање, јасно је да би суд о њему могао да одлучи само у образложењу пресуде. Веома важна последица овог процесног правила јесте да на основу пресуде донете у поступку по деривативној тужби, а у којој је суд разматрао питање рушљивости или ништавости основа стицања чланства у друштву, тужилац не би могао бити избрисан из Агенције за привредне регистре у својству члана друштва, нити Централног регистра хартија од вредности, јер одлука не би била садржана у изреци пресуде. Ова чињеница је посебно значајна јер све док не настане промена у надлежном регистру, не може се рећи да не постоји активна легитимација тужиоца, имајући у виду одредбе ЗПД о томе ко се сматра чланом друштва.

Имајући у виду све наведено, када је реч о деривативној тужби долази се до закључка да претходна питања која се односе на постојање процесних претпоставки, уколико се односе на питање активне и пасивне легитимације, а зависе од регистрованог стања, могу имати својство претходног питања само уколико су истакнути у форми самосталног захтева, када би суд требало да буде обавезан да прекине поступак и сачека доношење одлуке, или у форми противтужбе, за шта вероватно неће постојати услови јер би тужбом требало обухватити и треће лице. Такође, уколико је реч о спорном статусу члана друштва, потребно је указати да тужилац решавање овог питања не би могао да истакне у форми инциденталног захтева за утврђење, јер је инцидентални захтев за утврђење могуће поднети само у односу на питања која се односе на меритум спора. На овај закључак упућује одредба чл. 195 ЗПП, која говори о питању од којег зависи *одлука о спору*, а које је

постало спорно током поступка. На тај начин се долази до закључка да статус тужиоца може бити оспорен само у одвојеном поступку. Са друге стране, уколико спор о постојању активне легитимације није истакнут у форми самосталног захтева, онда настало спорно питање не би требало квалификовати као претходно питање у поступку по деривативној тужби, јер одлука суда по овом питању не би имала правни значај.

Уколико је оспорен статус туженог у контексту пуноважности уписа у регистар, ово питање не би требало да има карактер претходног питања у поступку по деривативној тужби, јер промена регистрованог стања у односу на туженог, због забране ретроактивног дејства брисања регистрације, не би могла да обухвати претходни период, односно период када је настала спорна радња. У том погледу, за оцену постојања пасивне процесне легитимације суд би требало само да утврди да ли је у тренутку предузимања штетне радње тужени имао одређено својство у друштву и да ли је тада био регистрован код надлежног регистра.

На крају, уколико је реч о претходним питањима за чије дејство у односу на испуњеност других процесних претпоставки није потребна промена регистрованог стања, ова питања би требало да имају статус претходног питања, те би о прекиду поступка или самосталном решавању насталог спорног питања, суд могао да одлучи у складу са општим правилима ЗПП.

Све претходно наведено представља само један пример спорне правне ситуације која може настати у поступку по деривативној тужби у односу на институт претходног питања, те би по истом принципу требало анализирати и остале ситуације које би могле настати у пракси, а које је тешко на теоријском нивоу предвидети.

## 1.9. Трошкови поступка

Трошкови поступка представљају веома важан сегмент анализе деривативне тужбе, јер се обично сматра да представљају један од главних фактора који чланови друштва узимају у обзир када одлучују да ли ће поднети тужбу. У том смислу, опште је мишљење да у европским државама деривативна тужба није заступљена управо због чињенице да чланови друштва сnose трошкове поступка, чиме је сав

ризик искључиво на члановима друштва.<sup>1539</sup>

Како је било наведено у оквиру излагања о оправдању права чланова друштва на подношење деривативне тужбе, иако се не може у потпуности оспорити изнети закључак, он ипак представља поједностављено виђење разлога због којих нема довољно деривативних тужби у пракси, јер су трошкови поступка само један од фактора који могу утицати на доношење одлуке о подношењу тужбе. У том погледу правила о трошковима поступка сигурно јесу један од фактора који може утицати да чланови друштва донесу негативну одлуку о подношењу деривативне тужбе. Међутим, оно што се често не узима у обзир јесте да правила о трошковима поступка не би требало да буду формулисана на начин да подстичу чланове на подношење тужбе, нити треба да имају ову функцију код деривативне тужбе.<sup>1540</sup> У том погледу схватање правила о трошковима поступка као фактора који је узроковао недостатак деривативних тужби у европским правима се заснива на одређеној замени теза.

Отуда на самом почетку излагања неопходно је указати да је потребно усвојити објективан приступ анализи правила о трошковима поступка код деривативне тужбе. Правила о трошковима поступка не треба идеализовати на начин да уколико се чланови друштва потпуно ослободе финансијског терета подношења деривативне тужбе, то би несумњиво довело до већег броја тужби, јер се у односу на права у којима су правила о трошковима поступка по деривативној тужби измењена и даље расправља о недовољном броју тужби у пракси.<sup>1541</sup> У прилог наведеном говори искуство немачког права, јер је у периоду од десет година по реформи правила о трошковима поступка у пракси забележено само три случаја деривативне тужбе.<sup>1542</sup> Са друге стране, не може се рећи да трошкови поступка нису један од фактора који су веома значајни за доношење одлуке о покретању поступка по деривативној тужби.

На тај начин се долази до закључка да правила о трошковима поступка код деривативне тужбе треба уредити на начин да онај члан друштва који је већ донео

---

<sup>1539</sup> M. Gelter (2012), 862.

<sup>1540</sup> Сматра се да отклањање препрека за подношење деривативне тужбе није исто што и стварање подстицаја. Вид. A. Reisberg (2007), 232.

<sup>1541</sup> M. Gelter (2012), 861, 864.

<sup>1542</sup> G. Wagner, 87.

одлуку да поднесе тужбу, од те одлуке не одустане због трошкова поступка.<sup>1543</sup>

### *1.9.1. Српско право*

ЗПП прописује да свака странка претходно сама сноси трошкове које је проузроковала својим радњама, као и да странка која у целини изгуби парницу дужна је да противној странци накнади трошкове поступка.<sup>1544</sup>

Посебно правило о трошковима поступка није прописано за поступак по деривативној тужби, на основу чега се закључује да чланови друштва, као тужиоци у поступку по деривативној тужби у целиности сnose ризик плаћања трошкова. У овом случају ризик првенствено постоји у случају када би чланови друштва изгубили парницу, у ком случају не сnose само своје, већ и трошкове туженог, али одређени ризик постоји и у случају када би се поступак окончао усвајањем тужбеног захтева, а тужени не би имали средстава да члановима исплате досуђене трошкове поступка.

Имајући у виду наведено потребно је поменути да је ЗПД 2004 прописивао да остварена накнада штете по деривативној тужби припада привредном друштву, а лице које је поднело тужбу има право на накнаду трошкова.<sup>1545</sup> Ова одредаба закона је прилично спорна из неколико разлога. Наиме, на први поглед стиче се утисак да је закон прописао да чланови друштва у случају успеха у спору могу од друштва захтевати накнаду трошкова, међутим то није било изричито прописано, из ког разлога је ово тумачење било прилично спорно. Затим, ова одредба закона може бити и тумачена на начин да је закон само потврдио опште правило парничног поступка, а то је да члан друштва као тужилац и странка у поступку, а не друштво има право на накнаду трошкова поступка. На крају, ова одредба је додатно спорна, јер уколико тужилац успе у поступку, сходно општем правилу, накнаду трошкова поступка може захтевати од туженог, па са поставља питање које би трошкове члан могао да захтева од друштва. Одговор на постављено питање би могао да буде, трошкове које није могао да наплати од туженог или трошкове које превазилазе износ трошкова који је досуђен пресудом. Тешко је оценити које од наведених тумачења је исправно, али је последње тумачење отворило додатни проблем који се

---

<sup>1543</sup> А. Reisberg (2007), 232.

<sup>1544</sup> ЗПП, чл. 151, 153.

<sup>1545</sup> ЗПД 2004, чл. 41 ст. 6.



тиче трошкова поступка по деривативној тужби.

Наиме, опште правило сходно којем члан друштва, у случају успеха у спору, има право на надокнаду трошкова поступка од туженог некада неће бити од великог значаја, јер у пракси трошкови поступка по правилу превазилазе износ трошкова који се досуђују одлуком суда (првенствено због ангажовања адвоката који накнаду за заступање наплаћују у већем износу од стандардне адвокатске тарифе). Такође, значајни трошкови могу настати у процесу прикупљања доказа који претходи подношењу тужбе, међу којима се посебно истиче економско вештачење, које уколико се спроводи од стране познатих ревизорских кућа може коштати и десетине хиљада евра. Отуда, проблем надокнаде трошкова у поступку по деривативној тужби, а који би иначе могли да се досуде пресудом, некада ће представљати мањи проблем, у односу на трошкове поступка који могу настати у вези са поступком, али који се не досуђују у нашој судској пракси. Управо ова друга врста трошкова у српском праву може представљати негативан подстицај за доношење одлуке о подношењу деривативне тужбе.

### *1.9.2. Потреба за другачијом регулативом у случају деривативне тужбе*

За разлику од српског права, већина других држава прописује посебна правила о трошковима поступка у поступку по деривативној тужби, а којима се на различите начине чланови друштва штите од ризика трошкова поступка. У наставку ће бити речи о правилима која су прописана у америчком, енглеском и немачком праву.

#### 1.9.2.1. Упоредно право (америчко, енглеско и немачко право)

*Америчко право.* Опште је позната чињеница да се деривативна тужба највише примењује у америчком праву, те се често указује да су томе допринела правила о трошковима поступка, како општа, тако и посебна, која се примењују само у поступку по деривативној тужби.<sup>1546</sup> Опште правило америчког процесног права јесте да свака страна сноси своје трошкове поступка, без обзира на успех у

---

<sup>1546</sup> А. Reisberg (2007), 224. Поједини аутори сматрају да су правила о трошковима поступка кључни разлог за успешност деривативне тужбе у америчком праву. Вид. J. Matheson, 351; В. Савковић (2004), 22.

поступку.<sup>1547</sup> Пракса судова је у односу на опште правило формирала неколико изузетака, између осталог и за поступак по деривативној тужби. Реч је о доктрини заједничке имовине (енгл. *common fund*) сходно којој тужилац који у поступку оствари корист за све чланове одређене интересне заједнице, а не само личну корист, има право да од те заједнице добије надокнаду разумних (адвокатских) трошкова поступка.<sup>1548</sup> Доктрина заједничке имовине је настала још у 19. веку у случају *Trustees v. Greenough* из 1881. године<sup>1549</sup> и заснована је на принципу правичности, као и концепту о неоснованом обогаћењу, јер се сматрало да у случају када позитиван ефекат поступка има једнако дејство на све чланове интересне заједнице, при чему су само неки од тих чланова покренули поступак и преузели ризик плаћања трошкова, остали чланови заједнице су неосновано стекли корист од поступка.<sup>1550</sup> Доктрина је најпре примењивана у колективним тужбама, а код акционарских тужби први пут је примењена у поступку по деривативној тужби.<sup>1551</sup> Примена доктрине у поступку по деривативној тужби је подразумевала да се друштво које у овом случају представља заједничку имовину<sup>1552</sup> обавезује да тужиоцима, односно њиховим адвокатима плати трошкове поступка. Почев од настанка доктрине, па све до 70-их година 20. века, разуман износ трошкова се углавном досуђивао у одређеном проценту у односу на износ усвојеног тужбеног захтева.<sup>1553</sup> Почев од 70-их година 20. века, па у наредне две деценије развијен је други метод обрачуна (енгл. *lodestar*), сходно којем се износ трошкова који се исплаћивао адвокатима обрачунавао по принципу броја утрошених сати рада, у односу на који се примењивала одређена цена сата, а затим се добијени износ множио да одређеним коефицијентом који би суд утврдио.<sup>1554</sup> Метод обрачуна по

---

<sup>1547</sup> M. Gelter (2012), 861.

<sup>1548</sup> Johnny Parker, „The common fund doctrine: coming of age in the law of insurance subrogation“, *Indiana Law Review* Vol. 31, No. 2 1998, 321.

<sup>1549</sup> *Ibid.*, 316.

<sup>1550</sup> Monique Lapointe, „Attorney's Fees in Common Fund Actions“, *Fordham Law Review* Vol. 59, Iss. 5 1991, 845.

<sup>1551</sup> Sean J. Griffith, Correcting Corporate Benefit: How to Fix Shareholder Litigation by Shifting the Doctrine on Fees, *Boston College Law Review*, Vol. 56, 2015, доступно на адреси: [http://ir.lawnet.fordham.edu/faculty\\_scholarship/569](http://ir.lawnet.fordham.edu/faculty_scholarship/569), 04.07.2017, 39.

<sup>1552</sup> Carol G. Hammett, „Attorneys' Fees in Shareholder Derivative Suits: The Substantial Benefit Rule Reexamined“, *California Law Review* Vol. 60, No. 1 1972, 165.

<sup>1553</sup> *Americas Min. Corp. v. Theriault*, CA No. 30, 2012 (Del. Aug. 27, 2012), <https://courts.delaware.gov/opinions/download.aspx?ID=177520>, 89.

<sup>1554</sup> M. Lapointe, 846.

у трошеном сату рада је често критикован због сложености и могућности злоупотребе, из ког разлога је пракса поново прихватила метод обрачуна у виду процената од досуђеног износа.<sup>1555</sup>

Тренутно прихваћени критеријуми на основу којих судови одређују проценат разумних трошкова који се досуђују адвокатима тужилаца дефинисани су у случају *Sugarland Industries, Inc. v. Thomas* из 1980. године, из ког разлога су сви елементи посматрано заједно добили назив *Sugarland* тест.<sup>1556</sup> Сходно овом тесту, суд мора узети у обзир следеће критеријуме приликом дефинисања процента на основу којег ће бити утврђен износ накнаде адвокату, а то су: 1) резултат који је постигнут, 2) време и напори адвоката који су уложени у случај, 3) сложеност предмета спора, 4) садржина уговора између тужиоца и адвоката и 5) лична својства адвоката.<sup>1557</sup> У пракси највиши проценат трошкова поступка који је досуђен износи 33%.<sup>1558</sup> Ове критеријуме је могуће применити на све врсте поступка по деривативној тужби без обзира да ли је реч о новчаном или неновчаном тужбеном захтеву. Међутим, у прошлости је било спорно да ли би адвокати тужиоца имали право на награду у случају да је реч о неновчаном захтеву, те су судови развили још једну доктрину која је примењивана у поступку по деривативној тужби, а то је доктрина о значајној користи (енгл. *substantial benefit*) сходно којој члан друштва има право на надокнаду трошкова, чак и када је тужбени захтев неновчане природе, уколико је исход поступка донео значајну корист друштву.<sup>1559</sup>

Поред правила о трошковима поступка значајно правило америчког права јесте могућност уговарања плаћања награде адвокату у зависности од успеха у спору. Реч је о институту под називом *contingent fee*, сходно којем адвокат прихвата заступање у поступку и плаћање свих трошкова поступка под условом да странка успе у спору, при чему се трошкови исплаћују у одређеном проценту од вредности досуђеног износа.<sup>1560</sup> Процент се увек дефинише узимајући у обзир ризик који адвокат прихвата када улази у поступак, те је могуће да овај проценат буде већи од

---

<sup>1555</sup> *Ibid.*, 847-848.

<sup>1556</sup> *Americas Min. Corp. v. Theriault*, CA No. 30, 2012, 90.

<sup>1557</sup> *Americas Min. Corp. v. Theriault*, CA No. 30, 2012, 90-91.

<sup>1558</sup> *Americas Min. Corp. v. Theriault*, CA No. 30, 2012, 101.

<sup>1559</sup> S. Griffith, 40-41.

<sup>1560</sup> A. Reisberg (2007), 257.

накнаде која би се обрачунала применом система сатница.<sup>1561</sup> Сматра се да је могућност уговарања *contingent fee*-а од већег значаја у контексту формирања подстицаја за подношење деривативне тужбе у америчком праву, у односу на доктрине о трошковима поступка, јер се овим споразумом ризик поступка по деривативној тужби фактички пребацује на адвокате.<sup>1562</sup> Додатно, *contingent fee* доприноси и томе да се смањује број неоснованих тужби, јер адвокати пре прихватања заступања под овим условима процењују изгледе за успех у поступку.<sup>1563</sup> Међутим, постоје и мишљења да *contingent fee* може дати и негативне резултате, јер доводи до сукоба интереса између адвоката и клијента, па тако адвокат може пристати на неповољне услове поравнања само да би осигурао наплату накнаде.<sup>1564</sup>

Потребно је поменути и да је 2014. године америчка пословна пракса размишљала у смеру да се члан друштва у случају неуспеха тужбе може обавезати на плаћање трошкова поступка друштву, уколико је то предвиђено актима друштва, али је идеја трајала непуних годину дана, након чега се ње одустало. Овај предлог је био проблематичан из разлога јер у америчком праву управа друштва може изменити интерне акте без сагласности чланова.<sup>1565</sup>

*Енглеско право.* За разлику од америчког права, опште правило о трошковима поступка у енглеском праву (као и у европских правима) јесте да страна која изгуби спор, обавезна је да другој страни надокнади трошкове поступка.<sup>1566</sup> Енглеско право је препознало проблем надокнаде трошкова у поступку по деривативној тужби, те је Законом о парничном поступку прописано да суд може обавезати компанију да тужиоцу надокнади трошкове поступка, што је остављено на дискреционој оцени суда.<sup>1567</sup> Поред наведеног, у енглеском праву је дозвољен споразум између адвоката и клијента да се накнада за заступање плаћа само под условом да спор буде успешно

---

<sup>1561</sup> Иако се сматра да у већини случајева није тако, већ обрнуто. *Ibid.*, 260 фн. 118.

<sup>1562</sup> M. Gelter (2012), 891; *Ibid.*, 228.

<sup>1563</sup> A. Reisberg (2007), 264.

<sup>1564</sup> Jonathan R. Macey, Geoffrey P. Miller „The Plaintiffs' Attorney's Role in Class Action and Derivative Litigation: Economic Analysis and Recommendations for Reform“, *The University of Chicago Law Review* Vol. 58, No.1 1991, 17-18.

<sup>1565</sup> S. Griffith, 2-5.

<sup>1566</sup> M. Gelter (2012), 862.

<sup>1567</sup> A. Reisberg (2007), 229.

окончан, али сама накнада не може бити одређена у проценту успеха у спору.<sup>1568</sup> Оба решења енглеског права су критикована у теорији. У односу на правило из Закона о парничном поступку, сматра се да је основни недостатак велика дискреција суда, јер законом није прописано на основу којих критеријума се трошкови могу досудити.<sup>1569</sup> Затим, трошкови се углавном досуђују у фази одлучивања о захтеву за наставак поступка по деривативној тужби, што у великој мери компликује доношење одлуке о захтеву за наставак поступка.<sup>1570</sup> Поред наведеног, доношење одлуке о трошковима поступка у раној фази може допринети подношењу неоснованих тужби, јер је у овој фази тешко проценити да ли тужба заиста има основа, али са друге стране може допринети и неоснованом одбацивању тужбе уколико процена трошкова, која не мора бити тачна, указује да не кореспондирају добити која се може остварити.<sup>1571</sup> Затим, судови често узимају у обзир имовинско стање тужиоца, што не би требало да буде случај, јер правила о трошковима поступка не би требало да буду вид правне помоћи.<sup>1572</sup> На крају, у случају инсолвентности компаније трошкови неће бити досуђени, јер се сматра да у том случају деривативна тужба углавном не може бити у интересу друштва.<sup>1573</sup> У односу на могућност уговарања условне накнаде, постоје два проблема који умањују значај ове могућности. Прво, у случају губитка спора и даље остаје обавеза плаћања трошкова супротне стране.<sup>1574</sup> Друго, постоји проблем иницијалног финансирања припреме поступка, који се не односи само на надокнаду адвокатима, јер у овом случају терет и даље остаје на члановима друштва.<sup>1575</sup>

*Немачко право.* Немачко решење о правилима трошкова поступка по деривативној тужби садржано је у чл. 148 Закона о акционарским друштвима. Правила су структурирана по принципу правичности на начин да члан друштва који је поднео тужбу у доброј вери неће бити обавезан на надокнаду трошкова поступка. Наиме, немачко право прописује да члан друштва сноси трошкове иницирања поступка по деривативној тужби, међутим уколико тужба буде одбачена јер није у

---

<sup>1568</sup> *Ibid.*, 252.

<sup>1569</sup> *Ibid.*, 240.

<sup>1570</sup> *Ibid.*, 235.

<sup>1571</sup> *Ibid.*, 237.

<sup>1572</sup> *Ibid.*, 238-239.

<sup>1573</sup> *Ibid.*, 241.

<sup>1574</sup> *Ibid.*, 272.

<sup>1575</sup> *Ibid.*, 255.

интересу друштва, а из разлога о којем компанија није обавестила тужиоца, у том случају члан друштва има право на надокнаду трошкова од компаније.<sup>1576</sup> У случају да се поступак по тужби настави, а тужба буде одбијена, члан друштва има право да од друштва захтева надокнаду трошкова, осим уколико је прибавио дозволу за наставак поступка на основу нетачних чињеница.<sup>1577</sup> Такође, прописано је да уколико су тужиоци ангажовали више адвоката, могу бити обештећени само за трошкове једног адвоката, осим уколико ангажовање више адвоката није било неопходно.<sup>1578</sup>

#### 1.9.2.2. Могућност прихватања упоредно–правних решења или формирање особеног режима надокнаде трошкова у српском праву

Полазећи од решења упоредног права, правило немачког права о трошковима у поступку по деривативној тужби се чини најприхватљивијим у окружењу српског права.

Наиме, у околностима када у српском праву друштво није странка у поступку, проблем финансирања трошкова поступка по деривативној тужби само у ограниченом обиму може бити решен током трајања поступка. У том погледу, проблем финансирања деривативне тужбе може најпре бити решен на нивоу односа између адвоката и тужилаца, као и између члана друштва и самог друштва, али након окончања поступка по деривативној тужби.

Када је реч о могућности закључења посебног споразума са адвокатом, постојећа регулативна дозвољава да се у српском праву закључи споразум који је сличан установи *contingent fee* америчког права. Наиме, чл. 7 Тарифе о наградама и накнадама трошкова за рад адвоката<sup>1579</sup> је прописано да је у имовинско правним споровима могуће закључити писани споразум сходно којем ће накнада адвоката бити одређена у виду процента од успеха у спору, који не може бити већи од 30%. Међутим, чак и у овом случају постоје три ризика која и даље остају на члановима друштва. Прво, постоји проблем иницијалног финансирања трошкова прикупљања доказа, који се јавља пре покретања поступка и току самог поступка. Друго, по окончању поступка, у случају губитка спора постојаће обавеза плаћања трошкова

---

<sup>1576</sup> AktG, §148 (6).

<sup>1577</sup> AktG, §148 (6).

<sup>1578</sup> AktG, §148 (6).

<sup>1579</sup> Тарифа о наградама и накнадама трошкова за рад адвоката, *Службени гласник РС*, бр. 121/2012.

супротне стране. Треће, спремност адвоката да прихвате овакву врсту споразума је упитна. У односу на први проблем, чини се да се не може пронаћи одговарајуће решење. Наиме, уколико би се законом или интерним актима друштва прописало да је друштво обавезно да финансира трошкове прикупљања доказа и трошкове самог поступка, а друштво не жели да добровољно испуни обавезу, тада је практична примена овог правила минимална, јер би члан друштва морао да покрене судски поступак како би дошао до средстава која су му потребна, што је неизводљиво решење, због рокова који су прописани за подношење деривативне тужбе и сам ток парничног поступка. Сличну могућност ЗПД прописује у поступку по захтеву за ванредну или посебну ревизију, у коме друштво сноси све трошкове поступка спровођења ревизије, те уколико друштво трошкове не плати, суд их наплаћује принудним путем (у овом случају потребно је имати у виду да је друштво странка у поступку).<sup>1580</sup> Међутим, ослањање на механизам принудне наплате трошкова поступка, чак ни у овом облику није прихватљиво за парнични поступак, јер би то у великој мери утицало на одвијање поступка по деривативној тужби. Све наведено указује да проблем иницијалног финансирања није могуће адекватно или ефикасно решити. Такође, на спремност адвоката да прихвате овакву врсту споразума није могуће утицати. На тај начин се долази до прелиминарног закључка да је ризик губитка спора и обавезу надокнаде трошкова туженом најцелисходније регулисати у међусобном односу између друштва и члана након окончања поступка по деривативној тужби, уз постојање одређених изузетака, о чему ће бити речи у наставку.

### *1.9.3. Закључак*

У српском праву измена правила о трошковима поступка по деривативној тужби може представљати један од начина отклањања постојећих препрека за подношење тужбе, међутим са реформама би требали бити веома опрезни. У том погледу неколико могућности стоји на располагању. Прва могућност је да се законом пропише да друштво сноси све трошкове поступка, без обзира на успех спора, што би подразумевало надокнаду свих стварних трошкова тужиоца који су настали поводом и у току поступка по деривативној тужби. У случају успеха у

---

<sup>1580</sup> ЗПД, чл. 459.

спору трошкови би се одређивали у виду разлике између стварних и досуђених трошкова, а у случају губитка спора у виду износа свих стварних трошкова и износа трошкова који су досуђени туженом. Такође, како би се чланови друштва обезбедили од инсолвентности туженог у случају успеха у спору, могуће је законом прописати супсидијарну одговорност друштва за досуђени износ трошкова. Међутим, све наведено би могло да отвори пут злоупотребама деривативне тужбе, јер уколико би чланови друштва унапред знали да не сносе економски ризик непотребних тужби, спорно је на који начин би се такво правило одразило у нашој пракси, с обзиром на то да је приметан пораст броја статусних спорова. Имајући у виду наведено, чини се да би најбоље било пронаћи неко средње решење, које не подразумева да све трошкове без изузетка сносе чланови друштва, нити само друштво.

За време трајања парничног поступка, једино решење које би могло да има резултате јесте да се пропише обавеза друштва да сноси трошкове извођења доказа (по правилу вештачења) и то на исти начин као што је случај са трошковима поступка по ванредној или посебној ревизији. Наиме, уколико друштво не би добровољно платило трошкове суд би имао овлашћење да их принудно наплати. Разлог због чега је наведено решење прихватљиво само за трошкове извођења доказа јесте што је реч о појединачним трошковима који се јављају једном или само неколико пута током поступка, за разлику од трошкова и награде адвоката који представљају константу и у односу на ову врсту трошкова не би било целисходно применити идентично решење.

Са друге стране, након окончања поступка, потребно је правити разлику између успешног и неуспешног окончања поступка по деривативној тужби. У случају успешног окончања поступка по деривативној тужби, тужилац би сходно општим правилима парничног поступка имао право да од туженог захтева надокнаду трошкова поступка. Међутим, у овом случају је потребно имати у виду да досуђени трошкови по правилу неће бити једнаки стварним трошковима, у случају када постоје иницијални трошкови финансирања и када накнада адвоката није обрачуната у складу са основним износом адвокатске тарифе, већ у вишем износу. У овим случајевима, могуће је прописати да је друштво у обавези да члану друштва надокнади разлику између стварних и досуђених трошкова, како би се у потпуности анулирао ризик који су сносили чланови друштва. Поред наведеног, друштво би



могло да буде обавезано да тужиоцу надокнади и износ досуђених трошкова поступка уколико исте не може да наплати од туженог.

Са друге стране, уколико је донета пресуда којом се одбија тужбени захтев, тада је могуће прописати да чланови друштва имају право на надокнаду сопствених трошкова и/или трошкова које морају да надокнаде туженом.

У свим случајевима право на надокнаду трошкова треба засновати на принципу савесности и поштења, те ову могућност дозволити само уколико су чланови друштва веровали да је подношење тужбе у најбољем интересу друштва. Стандард „најбољи интерес“ друштва би се могао тумачити на начин да у конкретном случају није очигледно да је тужба поднета са другом намером, а не у циљу заштите интереса друштва, односно како је прописано у немачком праву, да на основу доступних информација достављених од стране друштва не проистиче да је подношење тужбе неосновано или непотребно. На пример, ако је у питању посао са личним интересом, који је претходно одобрен од стране друштва у складу са законом, а члан друштва упркос томе што зна да је правни посао закључен у складу са законом поднесе деривативну тужбу, која буде одбијена, онда му не би требало признати право на накнаду трошкова, или на пример уколико се друштво у складу са законом прописаном већином одрекло права на накнаду штете због повреде посебне дужности, а упркос томе члан друштва поднесе деривативну тужбу и изгуби спор. Поред стандарда најбољег интереса друштва, као основа за досуђење трошкова поступка, једно од решења које би могло да утиче на спречавање злоупотребе правила о трошковима поступка може бити да уколико је тужба поднета неосновано, у смислу да представља злоупотребу права на подношење тужбе, друштво би имало право да захтева повраћај износа свих плаћених трошкова поступка, уколико се усвоји поменуто правило да током поступка друштво сноси део трошкова.

Такође, једно од решења може бити да се обавеза друштва на плаћање трошкова не пропише самим законом, већ да закон остави право избора члановима да у оснивачком акту уговоре право регреса члана према друштву у циљу надокнаде трошкова поступка. Поред наведеног, алтернативно решење може бити да чланови друштва у оснивачком акту могу да искључе посебан режим надокнаде трошкова поступка по деривативној тужби, уколико би био прописан законом и да успоставе примену општих правила парничног поступка (као што је на пример био предлог у

америчком праву 2014. године).

На крају, без обзира на конкретан износ трошкова који чланови друштва могу захтевати од друштва, основно питање које се поставља јесте у којој форми чланови друштва могу истаћи захтев. Јасно је да у случају изостанка добровољног плаћања, чланови друштва би морали да покрену судски поступак како би добили основ за принудно плаћање. У овом случају би требало прописати посебан ванпарнични поступак у складу са одредбама ЗПД у којем би се одлучивало о трошковима поступка, јер расправљање о овом питању у парничном поступку није целисходно, нити потребно решење, посебно јер ће о делу трошкова већ одлучити парнични суд.

Имајући у виду све понуђене опције, закључује се да би реформе правила о трошковима поступка требало да буду постепене и да зависе од реакције праксе.

На пример, могло би се почети са правилом да је по избору тужиоца друштво обавезно да сноси трошкове извођења доказа, како је горе наведено, уз право друштва да захтева надокнаду тих трошкова од тужиоца, уколико тужба није поднета у најбољем интересу друштва. Након тога, у другој фази реформе може се прописати обавеза друштва да тужиоцу надокнади трошкове поступка о којима је одлучено у пресуди, без обзира на успех у поступку, уколико је деривативна тужба поднета у доброј вери, односно у најбољем интересу друштва. Такође, требало би дозволити да чланови друштва могу у актима друштва терет трошкова поступка по деривативној тужби у потпуности пребацити на друштво. Коначно, у трећој фази реформе могло би се размишљати о увођењу обавезе друштва да тужиоцима надокнади не само износ досуђених трошкова поступка, већ и износ стварних трошкова и евентуално супсидијарну одговорност друштва за досуђене трошкове који не могу бити наплаћени од туженог, као и могућност да чланови друштва било које од посебних правила о трошковима поступка могу да искључе оснивачким актом или статутом. Све наведено би могло да се уреди временским важењем одредби ЗПД, које би сукцесивно ступале на снагу у одређеном временском периоду, што би омогућило и да се прати реакција праксе на правила о трошковима поступка и да се на крају формира најприхватљивије решење.

## 1.10. Супарничарство и деривативна тужба

Супарничарство постоји када више лица тужи или буде тужено у оквиру истог парничног поступка.<sup>1581</sup> Теорија и ЗПП познају неколико подела супарничарства, међу којима се издваја подела на материјално и формално супарничарство (основне врсте супарничарства).<sup>1582</sup> Материјално супарничарство постоји када се више тужилаца или тужених налазе у правној заједници или када се захтеви, односно обавезе заснивају на истом чињеничном и правном основу.<sup>1583</sup> Са друге стране, формално супарничарство постоји када се права или обавезе странака заснивају на битно истоврсној чињеничној и правној основи.<sup>1584</sup> Даља подела супарничарства се изводи према процесним критеријумима на просто и јединствено супарничарство. Просто супарничарство постоји када суд може донети различите одлуке у односу на поједине супарничаре, док јединствено супарничарство постоји када суд мора донети идентичну одлуку у односу на све супарничаре.<sup>1585</sup> На крају, постоји и категорија нужног супарничарства, у случају када по закону или природи односа тужбом морају бити обухваћена сва лица да би тужба била дозвољена, а у српском праву основана.<sup>1586</sup>

Када је реч о деривативној тужби, супарничарство може постојати на тужилачкој или туженој страни.

У односу на тужену страну, у зависности од конкретних околности може бити реч о различитим врстама супарничарства. Просто формално супарничарство постојаће када је деривативном тужбом тужено више лица, која су проузроковала штету друштву, или учинила другу повреду, различитим или сличним радњама, односно када је реч о индивидуалној одговорности у складу са одредбама ЗПД. На пример, у случају директора друштва, просто формално супарничарство може постојати када штета није последица одлуке одбора директора, већ резултат појединачних радњи два или више директора. Материјално супарничарство ће

<sup>1581</sup> ЗПП, чл. 205; М. Дика (2008а), 127.

<sup>1582</sup> Поред наведених постоје и посебне врсте супарничарства, као што су евентуално супарничарство, супарничарство поводом тужбе главног мешања, супарничарство поводом тужбе против главног дужника и јемца и супарничарство код излучне тужбе у извршном поступку. *Ibid.*, 128.

<sup>1583</sup> *Ibid.*; ЗПП, чл. 205 ст. 1 тач. 1.

<sup>1584</sup> *Ibid.*; ЗПП, чл. 205 ст. 1 тач. 2.

<sup>1585</sup> *Ibid.*, 129; ЗПП, чл. 210.

<sup>1586</sup> М. Дика (2008а), 166. У српском праву обухватање свих нужних лица утиче на основаност, а не дозвољеност тужбеног захтева. Вид. ЗПП, чл. 211.

постојати у околностима када су тужени солидарно одговорни за штету проузроковану друштву. У овом случају може постојати просто или јединствено материјално супарничарство,<sup>1587</sup> у зависности од тога да ли постоји неки основ који утиче на садржину обавезе тужених према друштву. Уколико друштво није предузело радњу којом би се умањила садржина одговорности према различитим туженима који солидарно одговарају за насталу штету (на пример, уколико се друштво одрекло захтева за накнаду штете према једном од тужених), вероватно је да би постојало јединствено материјално супарничарство на страни тужених, јер би суд морао да донесе једнаку пресуду у односу на све тужене. Нужно супарничарство ће постојати код тужбе која се односи на поништај правног посла или радње, јер у овом случају деривативном тужбом морају бити обухваћени сви учесници правног посла.

У односу на тужилачку страну постоје много значајнији проблеми у дефинисању појма и правне природе супарничарства. Наиме, како је више пута истакнуто ЗПД као један од два услова за подношење деривативне тужбе прописује поседовање 5% удела у основном капиталу друштва. У практичној примени деривативне тужбе може се догодити да прописан капитал цензус поседује један, али и два или више чланова друштва заједно. У том погледу поставља се питање да ли је реч о супарничарству у случају када два или више члана друштва само заједно испуњавају прописани капитал цензус и јављају се као тужиоци код деривативне тужбе, као и о којој врсти супарничарства је реч. Разлог због којег је проблематично одређење да је реч у супарничарству заснива се на чињеници да супарничари када се налазе на активној страни, без обзира на конкретну врсту супарничарства, индивидуално истичу одређени захтев према туженом (у виду солидарног или подељеног захтева), а само је питање да ли је могуће донети другачију одлуку у односу на све захтеве или не. У случају деривативне тужбе, када два или више чланова друштва испуњавају прописани капитал цензус, сви чланови друштва истичу идентичан (један) захтев, односно чињеница да се на тужилачкој страни налази два или више чланова друштва, не доводи до промене у броју истакнутих тужбених захтева. Другим речима, код деривативне тужбе увек постоји јединствен тужбени захтев који представља недељиву целину, без обзира да ли се на тужилачкој страни налази један или десетине тужилаца. Поред наведеног у теорији

---

<sup>1587</sup> А. Јакшић, 532-533.

се сматра да је за постојање института супарничарства потребно да сваки супарничар самостално испуњава процесне претпоставке које се тичу странака, између осталог и процесну легитимацију.<sup>1588</sup> У конкретном случају, примена наведеног схватања би подразумевала да у овој ситуацији чланови друштва не могу имати својство супарничара, јер самостално не испуњавају капитал цензус, као законом прописан услов за подношење тужбе, а по ком основу би деривативна тужба била недозвољена. Имајући у виду наведено, схватање да капитал цензус код деривативне тужбе мора да испуњава сваки члан појединачно и да није могуће сабирати проценте учешћа у капиталу друштва од стране више чланова, иако није оправдано са материјално правног аспекта, може бити оправдано са процесно правног аспекта. Међутим, без обзира на претходно наведено, требало би прихватити тумачење да је у овом случају реч о супарничарству, што даље подразумева потребу одређивања врсте супарничарства. У теорији постоји схватање да тужиоци у поступку по деривативној тужби имају статус *материјалног, нужног и јединственог супарничара*, које се може прихватити.<sup>1589</sup> Наиме, у овом случају чланови друштва иако нису у правној заједници, тужбени захтев заснивају на идентичној чињеничној и правној основи (материјално супарничарство). Затим, доноси се само једна пресуда која мора бити идентична у односу на све тужиоце (јединствено супарничарство). Имајући у виду да сви тужиоци заједно испуњавају капитал цензус и да они фактички чине једну странку, при чему без присуства свих тих чланова тужба не би била дозвољена, мора бити реч о нужном супарничарству. Међутим, ипак није реч о нужном супарничарству у правом смислу, јер није реч о случају када „по закону или природи правног односа тужбом морају да се обухвате сва лица која су учесници материјално правног односа“. У овом случају тужбом мора да буде обухваћено више лица из процесно правних, а не материјално правних разлога. Ипак, имајући у виду да тужиоци фактички чине једну странку без које тужба не би била дозвољена, прихватљиво је применити правила о нужним супарничарима. Са друге стране, уколико је реч о више чланова друштва који су поднели деривативну тужбу, при чему поједини међу њима самостално испуњавају капитал цензус, тада би требало да је реч само о јединственом, не и нужном супарничарству.

---

<sup>1588</sup> M. Dika (2008a), 130.

<sup>1589</sup> S. Armas Kramar, 174.

Дефинисање правне природе супарничарства код деривативне тужбе у ситуацији када минимум два или више чланова друштва испуњавају прописани капитал цензус је пре свега од практичног значаја. Наиме, у овим околностима се поставља питање да ли чланови друштва могу имати различите пуномоћнике или да ли могу самостално предузимати парничне радње.

С обзиром на то да је реч о јединственом супарничарству, требало би правити разлику између радњи које немају непосредно процесно дејство и радњи које то могу имати. У првом случају не би требало да буде спорно да сваки тужилац има право да самостално ангажује адвоката и да доставља поднеске суду и уопште учествује у поступку, јер ЗПП ипак уважава чињеницу да је у случају јединственог супарничарства реч о више особа, те садржи фикцију да радња предузета од стране једног супарничара делује и према осталим супарничарима.<sup>1590</sup> Са друге стране, када је реч о радњама које могу имати непосредно процесно дејство ЗПП не садржи изричиту регулативу, али теорија сматра да би у том случају требало применити начело повољности, сходно којем парнична радња може имати дејство само уколико је у интересу свих супарничара.<sup>1591</sup> Исто начело се примењује и у случају када два или више супарничара предузму радње које су у међусобној колизији.<sup>1592</sup> Посебно, уколико је реч о радњама којима се располаже тужбеним захтевом требало би применити начело једногласности, те би за на пример, одрицање од тужбе или закључење поравнања, била потребна сагласност свих чланова друштва који су поднели тужбу.<sup>1593</sup> На крају, уколико је реч о радњи повлачења тужбе, иста би могла бити дозвољена само од стране једног супарничара, под условом да није реч о нужном супарничарству.<sup>1594</sup> Са друге стране, уколико је реч о нужном супарничарству, односно случају када два или више чланова друштва само заједно испуњавају капитал цензус, за повлачење тужбе би била неопходна сагласност свих тужилаца, јер уколико би један од тужилаца изашао из поступка, преостали тужиоци не би имали процесну легитимацију за наставак поступка, јер не би испуњавали прописани капитал цензус.

---

<sup>1590</sup> М. Dika (2008a), 170; А. Јакшић, 534.

<sup>1591</sup> *Ibid.*, 171.

<sup>1592</sup> *Ibid.*, 174.

<sup>1593</sup> *Ibid.*

<sup>1594</sup> Вид. *Ibid.*, 175; А. Јакшић, 534.

### 1.11. Учешће трећих лица у поступку по деривативној тужби

ЗПП уређује неколико облика учешћа трећег лица у парничном поступку, а то су учешће јавног тужиоца, учешће умешача и именовање претходника и обавештење трећег лица о парници. У овом сегменту деривативна тужба се од осталих тужби разликује по институту умешача.

Умешач се у теорији дефинише као лице које није странка у поступку, а које се у своје име и на основу свог права укључује у поступак између других субјеката придружујући се оној од њих у односу на коју има правни интерес да она у поступку успе.<sup>1595</sup> У том погледу ЗПП прописује да лице које има правни интерес да у парници која тече међу другим лицима једна од странака успе, може да се придружи овој странци.<sup>1596</sup>

Да би одређено лице ступило у парницу потребно је да се испуне процесно правне и материјално правне претпоставке. У процесно правне претпоставке спадају постојање парнице, услов да лице које претендује да буде умешач није странка у том поступку, страначка способност и уредно заступање потенцијалног умешача, затим да предлог мора долазити од лица које претендује да буде умешач, а не од странке у поступку и на крају непостојање већ поднетог захтева за мешање по истом основу, нити да је о таквом захтеву већ одлучено.<sup>1597</sup> Са друге стране, постоји само једна материјално правна претпоставка за стицање својства умешача, а то је правни интерес.<sup>1598</sup> На тај начин се закључује да правни интерес трећег лица представља кључни услов да би суд дозволио одређеном лицу да учествује у парничном поступку у својству умешача.

Правни интерес трећег лица за потребе одлучивања о захтеву за мешање у парнични поступак утврђује се на основу одређеног материјално правног односа између лица које претендује да буде умешач и странке којој се умешач придружује у поступку.<sup>1599</sup> У том погледу суд када одлучује да ли постоји правни интерес потенцијалног умешача треба да цени да ли пресуда донета у поступку може утицати на правни однос између умешача и странке на чијој страни се меша (при

---

<sup>1595</sup> M. Dika (2008a), 267.

<sup>1596</sup> ЗПП, чл. 215.

<sup>1597</sup> M. Dika (2008a), 268-270.

<sup>1598</sup> *Ibid.*, 270.

<sup>1599</sup> *Ibid.*

чему може бити речи о настанку, измени или престанку правног односа). Веома битна карактеристика утицаја исхода поступка на правни положај умешача јесте да позитиван исход поступка подразумева и позитиван утицај на материјални положај умешача у односу према странци којој се придружио и обрнуто.<sup>1600</sup> Уколико пресуда донета у поступку не би имала такав утицај на настанак, промену или престанак одређеног материјално правног односа између умешача и странке на чијој страни би умешач учествовао у поступку, правни интерес за мешање трећег лица у парнични поступак не би постојао.

У литератури се обично указује да се смисао и сврха постојања института умешача огледа у интервенцијском дејству пресуде.<sup>1601</sup> Наиме, уколико суд дозволи учешће умешача у поступку, у случају накнадног покретања парничног поступка између странке и умешача који јој се придружио, умешач не може да оспорава утврђено чињенично стање, као и правне квалификације садржане у образложењу правноснажне пресуде.<sup>1602</sup>

ЗПП познаје две врсте умешача, обичног умешача и умешача са положајем јединственог супарничара. У првом случају дејство мешања у поступак се заснива само на интервенцијском дејству пресуде, док у другом случају пресуда донета у поступку, осим интервенцијског дејства има и директно дејство на умешача, што укључује и дејство на непосредни однос између умешача и супротне странке, у односу на коју се умешач придружио у поступку.<sup>1603</sup> Основ за стицање статуса умешача са положајем јединственог супарничара јесте да на основу закона или правног односа умешача и странке којој се придружује правно дејство пресуде треба да обухвати и умешача.<sup>1604</sup>

Када је реч о институту умешача у поступку по деривативној тужби ЗПД садржи посебне одредбе које одступају од општих правила парничног поступка.

Наиме, ЗПД у чл. 80 прописује да ако је друштво поднело директну тужбу због повреде посебних дужности према друштву, члан друштва који је од друштва захтевао подношење те тужбе, може од суда пред којим се води поступак захтевати да му дозволи да ступи у парницу као умешач на страни тужиоца, а затим и да ако је

---

<sup>1600</sup> *Ibid.*

<sup>1601</sup> Б. Познић, В. Ракић Водинелић, 246.

<sup>1602</sup> ЗПП, чл. 218.

<sup>1603</sup> Б. Познић, В. Ракић Водинелић, 247, 249.

<sup>1604</sup> ЗПП, чл. 219.



члан друштва поднео деривативну тужбу због повреде посебних дужности, други члан друштва који испуњава услов капитал цензуса за подношење деривативне тужбе може од суда пред којим се поступак води захтевати да ступи у парницу као умешач на страни тужиоца.

У првом случају реч је о ситуацији када друштво поступи по претходном захтеву члана друштва и поднесе директну тужбу. Имајући у виду наведено, овде је реч о посебном правилу о институту умешача, које се не примењују у поступку по деривативној тужби, већ у поступку по директној тужби друштва, међутим основ постојања посебног правила се темељи на институту деривативне тужбе.

У другом случају реч је о посебном правилу о институту умешача који се примењује у поступку по деривативној тужби.

Уколико се узму у обзир опште одредбе ЗПП о институту умешача, као и посебне одредбе ЗПД, које се примењују само у поступку по деривативној тужби, или у вези са деривативном тужбом, може се закључити да је ЗПД у великој мери одступио од општег правила које се односи на материјално правне претпоставке за стицање статуса умешача.

Наиме, у оба случаја између лица (члана друштва) које претендује да стекне својство умешача и тужиоца не постоји материјално правни однос на који може утицати пресуда донета у поступку по директној, односно деривативној тужби. У првом случају положај умешача може имати члан друштва који је поднео претходни захтев друштву, а који се придружује друштву у поступку против туженог. У другом случају положај умешача може имати било који члан друштва, који се придружује члану друштва који има статус тужиоца у поступку по деривативној тужби. Сва наведена лица међусобно стоје у извесном правном односу, који се заснива на чланству у друштву, међутим тај правни однос није у вези са предметом спора, односно са захтевом које друштво има према туженом, било да је реч о директној или индивидуалној тужби. Како је наведено сходно општим правилима ЗПП материјално правна претпоставка за стицање својства умешача јесте постојање правног интереса, а у виду пре свега позитивног дејства исхода поступка на правни однос умешача и странке којој се придружио. Поставља се питање коју врсту права или обавезе члан друштва који претендује да буде умешач може имати према друштву или према другом члану који има својство тужиоца (или обрнуто), а на основу чињенице да је суд донео пресуду којом се усваја или одбија захтева у

поступку по деривативној или директној тужби.

Отуда је очигледно да правни интерес за ступање у поступак не односи се на правни однос који постоји између умешача и странке којој се придружио. Са друге стране, може постојати правни интерес умешача из чл. 80 ЗПД, који би се односио на материјално правни однос тог умешача и туженог. На пример, пресуда донета у поступку по директној или деривативној тужби може допринети правном положају умешача у поступку по индивидуалној тужби (у овом случају само уколико се поступак по деривативној или директној тужби води против лица са посебним дужностима). Међутим, у овом случају ипак није реч о правном интересу, јер успех поступка по деривативној или директној тужби првенствено има утицаја по питању доказивања чињеница које могу бити заједничке у поступцима по свим наведеним тужбама, а не у виду утицаја пресуде на постојање и садржину правног односа између умешача и туженог. На тај начин се закључује да чланови друштва који претендују да буду умешачи имају заправо економски, али не правни интерес да тужилац успе у поступку. Економски интерес умешача постоји у општем смислу да умешач има интерес да се тужбени захтев друштва усвоји, јер се то може одразити и на његов економски положај који зависи од обима имовине друштва. У том погледу, суд када одлучује о захтеву за мешање у парнични поступак на основу члана 80. ЗПД не би требало да испитује постојање правног интереса члана друштва који истиче захтев, већ само да ли је реч о члану друштва који је поднео претходни захтев друштву, односно да ли је реч о члану друштва који поседује законом прописан капитал цензус.

Потребно је указати да умешач који стекне то својство у складу са чл. 80 ЗПД има статус умешача са положајем јединственог супарничарства. До наведеног закључка се долази на основу правила о границама правоснажности пресуде која се доноси у поступку по деривативној и директној тужби, о чему ће бити речи у наставку излагања.

На крају, једно од питања које се може поставити код тренутног уређења деривативне тужбе, јесте да ли би друштво могло да се придружи поступку у својству умешача на страни тужиоца. Полазећи од општих правила парничног поступка, на први поглед стиче се утисак да би друштво могло имати статус умешача на страни тужиоца, јер друштво несумњиво има правни интерес да тужилац успе у поступку. Међутим, у овом случају правни интерес се не огледа у

чињеници да би успех тужиоца могао да утиче на одређени материјално правни однос друштва и тужиоца, већ на основу чињенице да је захтев који се истиче у поступку захтев самог друштва. Посматрано на овај начин јасно је да није реч о правном интересу како се обично схвата као услов за ступање у парнични поступак у својству умешача. На овом месту, потребно је указати да у нашој судској пракси судови одбацују тужбу у случају када тужилац захтева да се одређени захтев испуни према умешачу, а не самом тужиоцу са образложењем да умешач није странка у поступку, међутим ово правило не би требало да се односи на поступак по деривативној тужби, с обзиром на то да је реч о тужби код које тужилац иницијално захтева испуњење чинидбе према друштву које није странка у поступку, без обзира да ли се друштво придружује као умешач или не. У том смислу, учешће друштва у својству умешача не би требало да утиче на дозвољеност тужбе. Међутим, чак и уколико би се могло рећи да друштво у овом случају има правни интерес да ступи у поступак у својству умешача на страни тужиоца, ова могућност је донекле супротна самој природи деривативне тужбе, јер се ова врста тужбе подноси управо у околностима када друштво не жели да поднесе директну тужбу. Дакле, поставља се питање да ли је правно оправдано и дозвољено да друштво ступи у поступак у својству умешача, уколико је оно претходно одбило да поднесе директну тужбу, што се може тумачити као и негација постојања правног и економског интереса за предмет тужбеног захтева. Ипак, захтев за мешање у поступак може бити вођен и легитимним интересима друштва у околностима када је дошло до промене чланова органа друштва који је претходно одбио подношење тужбе, те би о дозвољености ступања друштва у поступак у својству умешача требало ценити у сваком конкретном случају. Посебно, ступање друштва у својству умешача на страни тужиоца може бити супститут правила да накнадно покретање поступка од стране друштва може водити одбацивању деривативне тужбе (уколико би се разматрало увођење овог правила).

#### 1.12. Окончање парничног поступка по деривативној тужби

Као и сваки други парнични поступак и поступак по деривативној тужби може бити окончан доношењем пресуде, којом се одлучује о основаности тужбеног захтева или решењем (којим се тужба одбацује или сматра повученом).

У односу на пресуду која је донета у поступку по деривативној тужби одређене специфичности постоје у погледу субјективних граница правоснажности пресуде, а са тиме у вези и општих дејстава правоснажности пресуде. Додатно, у односу на радње располагања тужбом и тужбеним захтевом спорно је да ли поступак по деривативној тужби може бити окончан закључењем поравнања, пресудом због одрицања или решењем којим се тужба повлачи.

#### *1.12.1. Дејства пресуде и границе правоснажности пресуде у поступку по деривативној тужби*

Значај пресуде којом је одлучено о основаности тужбеног захтева се изражава дејствима пресуде која наступају након њене правоснажности.

Сматра се да је правоснажност један од спорнијих појмова у теорији грађанско процесног права, те се у новијој теорији дефинише као општа способност коначне мериторне одлуке да правно делује, односно да производи правне учинке које према свом садржају непосредно или посредно може производити.<sup>1605</sup> Правоснажност пресуде се традиционално раздваја на формалну и материјалну правоснажност.<sup>1606</sup> Формална правоснажност наступа када против пресуде више није могуће изјавити редован правни лек, при чему се тренутак наступања формалне правоснажности пресуде засебно утврђује у односу на сваког учесника у поступку који има право да изјави редован правни лек.<sup>1607</sup> Када наступи формална правоснажност пресуде у односу на све учеснике у поступку, наступа и материјална правоснажност пресуде, која има два вида, позитивно и негативно.<sup>1608</sup> Позитивно дејство материјалне правоснажности пресуде се огледа у „обавезујућем дејству пресуде у некој другој парници“.<sup>1609</sup> Позитивно дејство материјалне правоснажности пресуде има ограничен домашај, јер је суд у другој парници

---

<sup>1605</sup> Мihaјло Dika, *Грађанско парнично право, Судске одлуке и судска нагодба, IX књига*, Народне новине, Загреб 2013, 386, 397.

<sup>1606</sup> Више вид. Мoника Милошевић, „Правноснажност као установа конфирмације правосудне делатности“, у: *Liber amicorum Гашио Кнежевић*, Тибор Вради *et al.* (ур.), Правни факултет Универзитета у Београду, Удружење за арбитражно право 2016, 518-519.

<sup>1607</sup> М. Dika (2013), 400.

<sup>1608</sup> *Ibid.*, 401-403.

<sup>1609</sup> *Ibid.*, 403.

обавезан само изреком пресуде, док није обавезан образложењем пресуде.<sup>1610</sup> Негативно дејство правноснажности пресуде се огледа у облику негативне процесне претпоставке, јер суд у другом поступку не може одлучивати о истом предмету спора, већ тужбу мора одбацити.<sup>1611</sup> Дејство материјалне правноснажности пресуде донете у поступку по деривативној тужби у великој мери зависи од граница правноснажности пресуде, које постоје у виду објективних, субјективних, временских и процесних, односно територијалних граница.<sup>1612</sup>

У односу на све наведене категорије појма правоснажности пресуде у поступку по деривативној тужби споран је домашај субјективних граница правоснажности пресуде.

ЗПП прописује да правоснажна пресуда делује само међу странкама, а затим и да пресуда може деловати и према трећим лицима због природе спорног права или правног односа који постоји између странака и трећих лица или ако је то прописано законом.<sup>1613</sup>

ЗПД представља један од закона који прописује одступања од општих правила о субјективним границама правоснажности пресуде, те је прописао посебна правила која се примењују у поступцима ради побијања одлуке скупштине друштва или поступцима по тужбама несагласних акционара,<sup>1614</sup> а једна таква одредба је требало да се нађе у оквиру уређења поступка по деривативној тужби.

Наиме, полазећи од општег правила, није спорно да пресуда донета у поступку по деривативној тужби делује према странкама у поступку (дејство *inter partes*) и умешачима који имају статус јединственог супарничара (дејство *ultra partes*).<sup>1615</sup> Поред наведеног није спорно да су пресудом обухваћени универзални и сингуларни сукцесори странака (уз изузетке из чл. 204 ЗПП).<sup>1616</sup>

Међутим, закон је пропустио да уреди дејство пресуде донете у поступку по деривативној тужби на друштво, као и његове чланове који нису учествовали у поступку. У том погледу на пример у немачком праву је прописано да пресуда донета у поступку по деривативној тужби делује на друштво и све његове чланове,

---

<sup>1610</sup> Б. Познић, В. Ракић Водинелић, 461; А. Јакшић, 490.

<sup>1611</sup> Б. Познић, В. Ракић Водинелић, 461.

<sup>1612</sup> А. Јакшић, 489; М. Dika (2013), 485, 486.

<sup>1613</sup> ЗПП, чл. 360.

<sup>1614</sup> ЗПД, чл. 379, 476.

<sup>1615</sup> М. Dika (2013), 468.

<sup>1616</sup> Упор. *Ibid.*, 466-468.

без обзира што нису учествовали у поступку.<sup>1617</sup>

У односу на друштво, не би требало да буде спорно да „због природе спорног права“ субјективне границе правоснажности пресуде донете у поступку по деривативној тужби обухватају и привредно друштво чије је право било предмет поступка.

Са друге стране, може бити спорно дејство субјективних граница правоснажности пресуде у односу на чланове друштва који нису учествовали у поступку по деривативној тужби. Наиме, у овом случају је спорно да ли одредба чл. 360 ЗПП може да се односи и на чланове друштва, који нису учествовали у поступку. Имајући у виду наведено у овом случају се јавља идентичан проблем, као и код правила о забрани двоструке литиспенденције, јер уколико би се тумачило да остали чланови друштва нису обухваћени субјективним границама правоснажности пресуде, то би подразумевало да се на њих не односи правило *res judicata* и да самим тим могу покренути поступак по истом основу (одсуство негативног дејства материјалне правоснажности). Поред проблема који се односе на негативно дејство правоснажности, такође је од значаја обезбедити и позитивно дејство, уколико се поступак односио на повреду посебних дужности према друштву, јер у том случају сваки члан друштва има право да поднесе индивидуалну тужбу ради накнаде штете коју је лично претрпео по истом основу, те би суд у поступку по индивидуалној тужби био обавезан изреком пресуде донете у поступку по деривативној тужби.

У овом случају „природа спорног права или правног односа који постоји између странака и трећих лица“, као једини основ који стоји на располагању у циљу проширивања субјективних граница правоснажности пресуде, није у потпуности применљив на однос који постоји између странака у поступку по деривативној тужби и осталих чланова друштва. Ипак, ширим тумачењем<sup>1618</sup> могло би се рећи да „природа спорног права“ у овом случају указује да има основа за проширивање субјективних граница правоснажности пресуде. Наиме, предмет поступка по деривативној тужби је право које припада друштву, те самим тим добит или губитак који друштво претрпи доношењем пресуде, рефлектује се на све чланове друштва, на исти начин, а посредством правног субјективитета друштва.

---

<sup>1617</sup> AktG, § 148 (5).

<sup>1618</sup> Правила о субјективним границама правоснажности пресуде не би требало сувише широко тумачити јер се тиме може довести у питање право на правично суђење из чл. 6 Европске конвенције о људским правима.

Као закључак може се рећи да уколико се у неком другом спору постави питање субјективних граница правоснажности пресуде донете у поступку по деривативној тужби, проширивање субјективних граница правоснажности пресуде би требало одредити према идентитету предмета спора у оба поступка, на основу чега би се могла применити правила о негативном или позитивном дејству материјалне правоснажности пресуде донете у поступку по деривативној тужби. У том погледу у крајњем исходу, због специфичне природе деривативне тужбе, субјективне границе правоснажности пресуде донете у поступку по деривативној тужби требало би да буду условљене претходним дефинисањем објективних граница правоснажности пресуде.

На крају, потребно је поменути да је ЗПД учинио још један пропуст по питању дејства пресуде донете у поступку по деривативној тужби, јер у чл. 79 у коме је прописао да члан друштва који прода акције или уделе задржава процесну легитимацију, уколико нови члан не ступи у поступак, није наведено да пресуда донета у поступку по деривативној тужби има дејство на новог члана друштва, уколико он не ступи у поступак. Управо овај пропуст ЗПД доводи у питање тумачење да сходно чл. 80 бивши члан друштва задржава процесну легитимацију. Наиме, у сличној ситуацији, када се сингуларна сукцесија односи на стварну легитимацију (чл. 204 ЗПП), пре увођења посебног правила о дејству пресуде на стицаоца, сматрало се да је основан закључак суда да без промене тужиоца, тужбени захтев треба одбити због губитка стварне легитимације. Имајући у виду наведено аналогном применом претходног закључка на чл. 80 ЗПД може се доћи до тумачења да уколико не дође до промене тужиоца, деривативну тужбу би требало одбацити, али које ипак не би требало прихватити из разлога који су наведеним у претходним излагањима.

#### *1.12.2. Парничне радње располагања којима се окончава поступак по деривативној тужби*

Предузимање парничних радњи<sup>1619</sup> у поступку по деривативној тужби је

---

<sup>1619</sup> Парнична радња се дефинише као радња понашања субјеката парничног поступка, предузета по правилу током самог поступка, или изузетно изван поступка али у вези са тим поступком, у односу на које су претпоставке и начин предузимања прописани процесним правом, које за те радње веже

нарочито значајно када је реч о радњама тужиоца. Наиме, имајући у виду да тужилац у овом случају није титулар права које се тужбом штити, спорно је да ли тужиоци могу да предузимају парничне радње које, осим процесног, имају и материјално правно дејство,<sup>1620</sup> а посебно радње којима се мериторно окончава парнични поступак.

Одмах на почетку је потребно истаћи да је приступ упоредног права по овом питању углавном јединствен, те је за предузимање ове врсте парничних радњи неопходно одобрење суда.<sup>1621</sup>

Теорија грађанско процесног права познаје бројне поделе парничних радњи, а основна је на радње које предузимају суд и странке, односно други учесници у поступку.<sup>1622</sup> Када је реч о парничним радњама странака од посебне важности су парничне радње којима се располаже тужбом и тужбеним захтевом и по том основу окончава парнични поступак, а међу које се убраја закључење судског поравнања, одрицање од тужбеног захтева, повлачење тужбе и одустајање од правног лека.<sup>1623</sup> У односу на поменуте парничне радње странака, могуће је разликовати материјалне и процесне радње располагања, а на основу критеријума да ли се ефекат радње састоји у завршетку парнице са дејством као да је мериторно одлучено о тужбеном захтеву.<sup>1624</sup> У том погледу, закључење поравнања, одрицање од тужбеног захтева и одустајање од правног лека представљају материјалне радње располагања, док повлачење тужбе спада у процесну радњу располагања. Имајући у виду наведену поделу потребно је указати да повлачење тужбе некада може имати ефекат материјалне радње располагања, на пример, уколико услед повлачења тужбе наступи застарелост или преклузија. У овим околностима, иако је формално реч о процесној радњи располагања, у практичној примени радња производи једнак ефекат као и радња материјалног располагања, јер покретање новог парничног

---

одређене процесно правне последице на поступак. Mihajlo Dika, *Грађанско парнично право, Парничне радње, V knjiga*, Narodne novine, Zagreb 2008, 1.

<sup>1620</sup> За појам вид. *Ibid.*, 11.

<sup>1621</sup> Вид. Правило 23.1 (с) правила парничног поступка Основног суда Делавера; Правило 19.9 F. енглеског Закона о парничном поступку. У немачком праву за закључење поравнања не захтева се одобрење суда, али је садржину поравнања потребно јавно објавити, уколико је реч о јавном акционарском друштву, а поравнање је могуће закључити тек уколико је суд дозволио наставак поступка по деривативној тужби. Вид. AktG, §148 (5), § 149.

<sup>1622</sup> M. Dika (2008ц), 4-11.

<sup>1623</sup> Б. Познић, В. Ракић Водинелић, 418.

<sup>1624</sup> *Ibid.*



поступка не би било дозвољено (у случају наступања преклузије) или не би било успешно (у случају наступања застарелости).

Остављање на слободној вољи тужиоца у поступку по деривативној тужби да одлучи да ли ће предузети неку од наведених радњи којима се окончава парнични поступак је у великој мери спорно, јер осим што у појединим случајевима није у интересу друштва, некада може бити и последица злоупотреба. Наиме, теоретски могуће је да члан друштва у договору са туженим покрене поступак по деривативној тужби, а да затим повуче тужбу или се одрекне тужбеног захтева, услед чега друштво више не може да заштити своја права по истом основу. Тренутно важећи ЗПД не препознаје значај наведеног проблема, док је ЗПД 2004 на посредан начин указао да располагање тужбом и тужбеним захтевом у поступку по деривативној тужби не би требало да буде потпуно слободно, те је прописао да поступак по деривативној тужби не може бити окончан вансудским поравнањем.<sup>1625</sup>

Имајући у виду да позитивно право не познаје изричита ограничења у погледу предузимања парничних радњи којима се окончава поступак по деривативној тужби, неспорно је да је у будућим изменама закона ово питање потребно изричито законом уредити и прописати да је за предузимање ове врсте парничних радњи неопходно одобрење друштва или суда.

У циљу образложења изнетог предлога потребно је вратити се на начела грађанског права. У уводним излагањима било је речи о томе да једно од темељних начела грађанског права представља аутономија воље, сходно ком субјекти грађанског права су слободни приликом одлучивања о заснивању, измени или престанку грађанских права. Када је реч о заштити грађанских права речено је да процесни вид аутономије воље представља могућност да титулар повређеног права слободно одлучи да ли ће поднети тужбу у циљу заштите права или не. Управо разликовање начела аутономије воље на материјално правни и процесно правни аспект има велики значај у односу на деривативну тужбу, али и све тужбе код којих постоји раздвајање стварне и процесне легитимације. Наиме, у случају деривативне тужбе законом је на чланове друштва пренет процесно правни аспект начела аутономије воље, на начин да тужбу осим друштва, у одређеним околностима може поднети и члан друштва. Међутим, на чланове друштва законом није пренет материјално правни аспект аутономије воље у односу на право које се штити

---

<sup>1625</sup> ЗПД 2004, чл. 41 ст. 5.

деривативном тужбом и самим тим члану друштва не би требало да буде дозвољено да предузима парничне радње које могу довести до измене или престанка права које друштво има према туженом. У том смислу имајући у виду да члану друштва који је поднео деривативну тужбу пре самог покретања поступка није дозвољено да у име и за рачун друштва материјално правно располаже правима друштва која су предмет поступка по деривативној тужби (давањем изјаве о отпусту дуга или закључењем вансудског поравнања), тумачењем по аналогiji истом лицу не би требало дозволити ни да предузима парничне радње које имају једнако правно дејство као и радње материјалног располагања пре подношења тужбе.

Ипак у овом случају требало би разликовати радњу закључења судског поравнања и одрицања од тужбеног захтева, од могућности повлачења тужбе и одустајања од правног лека.

Наиме, када је реч о могућности повлачења тужбе потребно је имати у виду да до повлачења тужбе може доћи не само на основу изричите изјаве воље тужиоца (било поднеском, било одбијањем да се расправља пред судом), већ и на основу конклюдентне радње, уколико тужилац не приступи припремном рочишту или рочишту за главну расправу.<sup>1626</sup> Такође, када је реч о правном леку, без обзира да ли се тужилац формално одрекне или одустане од правног лека,<sup>1627</sup> тужилац једноставно може само да пропусти рок за изјављивање правног лека, у ком случају ће поступак бити правоснажно окончан. На овом месту је потребно указати да се активна легитимација за изјављивање правног лека заснива на статусу подносиоца тужбе,<sup>1628</sup> те за изјављивање правног лека у поступку по деривативној тужби активно је легитимисано само лице које је поднело тужбу, али не и друштво или други члан друштва који има 5% удела у основном капиталу друштва.

Са друге стране, када је реч о радњама одрицања од тужбеног захтева и закључења поравнања, околности су другачије, јер је ове радње могуће предузети само на основу изричите изјаве воље странака.<sup>1629</sup> У односу на ове радње постоји позитивно правна регулатива, која може бити значајна у поступку по деривативној тужби, јер предузимање ових радњи суд неће дозволити уколико је располагање странака у супротности са принудним прописима, јавним поретком, правилима

---

<sup>1626</sup> ЗПП, чл. 304, 311.

<sup>1627</sup> ЗПП, чл. 369.

<sup>1628</sup> Mihajlo Dika, *Грађанско парнично право, Правни лијекови, X knjiga*, Narodne novine, Zagreb 2010, 49.

<sup>1629</sup> ЗПП, чл. 336, 349.

морала и добрим обичајима.<sup>1630</sup> У том погледу, у вероватно ограниченом броју случајева, судови би имали овлашћење да не дозволе закључење судског поравнања или одрицање од тужбе у поступку по деривативној тужби, уколико оцене да би то било супротно ЗПП. Међутим, у одсуству изричитог основа прописаног у закону, упитно је да ли би судови били вољни да се упусте у разматрање овог веома значајног и сложеног питања у поступку по деривативној тужби, посебно уколико није очигледно да предузимање наведених радњи може бити последица злоупотреба. Са друге стране, основни проблем у овом случају јесте да суд на основу постојећих одредби не би могао да ускрати могућност закључења судског поравнања или одрицање од тужбе, уколико су начелно ове радње дозвољене, али нису у интересу друштва.

На основу свега наведеног се може закључити да у поступку по деривативној тужби неспорно не би требало дозволити слободно предузимање радњи материјалног располагања тужбеним захтевом у виду закључења судског поравнања и одрицања од тужбеног захтева. У односу на повлачење тужбе и одустајање од правног лека једина слична могућност јесте увођење забране предузимања радњи, с обзиром на чињеницу да природа ових парничних радњи није подобна за мериторно преиспитивање, као што је то случај са закључењем поравнања и одрицањем од тужбеног захтева.

### 1.13. Деривативна тужба као посебан парнични поступак

У претходним излагањима дата је анализа деривативне тужбе и општих правила парничног поступка, на основу које се може закључити да општа правила нису увек адекватна за поступак по деривативној тужби. У случају када општа правила парничног поступка нису одговарајућа за одређену врсту спора,<sup>1631</sup> посматрано у односу на предмет спора,<sup>1632</sup> основано је формирати концепт посебног парничног поступка. У том погледу ЗПП,<sup>1633</sup> али и други закони<sup>1634</sup> садрже посебна

---

<sup>1630</sup> ЗПП, чл. 336, 349.

<sup>1631</sup> Б. Познић, В. Ракић Водинелић, 527.

<sup>1632</sup> А. Јакшић, 623.

<sup>1633</sup> ЗПП, Трећи део.

<sup>1634</sup> Породични закон, *Службени гласник РС*, бр. 18/2005, 72/2011 – др. закон и 6/2015, чл. 201-289; Закон о ауторском и сродним правима *Службени гласник РС*, бр. 104/2009, 99/2011, 119/2012 и 29/2016 – одлука УС, чл. 204-214.

правила парничног поступка која се примењују само у одређеним парничним поступцима, на пример, привредним споровима, радним споровима, породичним споровима и слично.

Када је реч о деривативној тужби, неспорно је да поступак по деривативној тужби има својство посебног парничног поступка, те једина дилема која може постојати по овом питању јесте да ли би посебна правила поступка по деривативној тужби требало да се нађу међу одредбама ЗПП или ЗПД. Имајући у виду да ЗПП нема тенденцију да проширује уређење сфере посебних парничних поступка и да не садржи посебна правила веома значајних посебних парничних поступака, као што су породични спорови или спорови поводом заштите права интелектуалне својине, вероватно је да не постоје правно политички разлози да се деривативна тужба посебно уреди у ЗПП, иако то решење није страна упоредном праву, првенствено англосаксонском. Међутим, оно што је неспорно јесте да би ЗПД требало прописати посебна правила парничног поступка који се води по деривативној тужби, јер постојећа регулатива не може да одговори потребама које могу настати у поступку по деривативној тужби. На првом месту, потребно је прописати посебно правило које се односи на забрану двоструке литиспенденције и правило о субјективним границама правоснажности пресуде, као и могућност подношења противтужбе у поступку по деривативној тужби. Затим, потребно је прописати услове за дозвољеност предузимања парничних радњи којима се располаже тужбеним захтевом на основу изричите воље странака. На крају, потребно је прецизирати дејство промене власништва над акцијама или уделима које наступи након покретања поступка по деривативној тужби.

Евентуално се могу изменити правила о обавезној садржини деривативне тужбе, на начин да тужба мора да садржи правни основ, као и правила о фази припремања главне расправе, где би се пре одржавања припремног рочишта увело посебно рочиште на коме би се расправљало о постојању процесних претпоставки за наставак поступка, под условом да постоји потреба за одржавањем ове врсте рочишта. На крају, свакако би требало изменити правила о трошковима поступка.

Многа од тренутно постојећих процесно правних дилема које се могу јавити у поступку по деривативној тужби су последица чињенице да друштво није странка у поступку. По овом питању, свакако да у српском праву не би било прихватљиво да друштво има статус туженог, као што је то случај са већином упоредних права.

Међутим, могло би се размотрити да ли би у српском праву било прихватљиво решење да друштво у деривативној тужби мора бити означено као тужилац. На овај начин проблеми који се односе на дејства пресуде, као и предузимање одређених процесних радњи би могли бити заједно решени. У овом случају, друштво би било само номинални тужилац, који би био заступан од стране чланова друштва, а који би такође били означени као тужиоци. Неспорно је да општа правила парничног поступка тренутно не дозвољавају ни ову могућност. У том погледу, уређење посебног парничног поступка по деривативној тужби може бити изведено на два начина. Први је да се у односу на не мали број процесних питања уреде посебна правила. Други је да се друштво укључи у поступак у својству странке, на који начин би остао мањи број питања за индивидуално решавање.

## ГЛАВА III

### ДЕРИВАТИВНА ТУЖБА И ИЗВРШНИ ПОСТУПАК

Под претпоставком да је поступак по деривативној тужби окончан у корист друштва и да тужени није добровољно поступио по кондемпнаторној пресуди, следећи корак у циљу заштите интереса друштва јесте покретање извршног поступка. У случају када се извршни поступак покреће на основу пресуде која је донета у поступку по деривативној тужби једино спорно питање које се поставља јесте које лице има активну легитимацију да покрене извршни поступак. Када се дефинише круг лица која у овом случају имају право да покрену извршни поступак, даљи ток поступка би требало да се одвија по општим правилима прописаних Законом о извршењу и обезбеђењу (у даљем тексту: ЗИО).

#### 1. Начело формалног легалитета

Начело формалног легалитета представља једно од темељних начела извршног поступка јер осликава његову суштину.<sup>1635</sup> Оно се најједноставније може дефинисати као везаност извршног суда исправом на основу које се покреће извршни поступак, односно као обавеза суда да донесе решење о извршењу које ће у свему одговарати садржини те исправе.<sup>1636</sup> Отуда начело формалног легалитета има позитивно и негативно дејство. Позитивно дејство начела формалног легалитета подразумева да странке у извршном поступку (извршни поверилац и извршни дужник), могу бити само лица која су у том својству назначена у исправи, док предмет решења о извршењу и самог извршног поступка може бити само она престација која је садржана у исправи на основу које се покреће извршни поступак.<sup>1637</sup> Негативно дејство начела формалног легалитета подразумева да извршни суд није овлашћен да испитује законитост и правилност исправе на основу које се покреће извршење. Начело формалног легалитета, иако представља темељно

---

<sup>1635</sup> У смислу да је „уско везано за предмет и циљеве извршног поступка“. Никола Бодирога, *Нови извршни поступак*, Београд 2017, 205.

<sup>1636</sup> ЗИО, чл. 5.

<sup>1637</sup> Имајући у виду наведено, примена начела формалног легалитета има своју примену у фази одлучивања о предлогу за извршење и у фази спровођења решења о извршењу. Поред наведеног начела формалног легалитета се примењује и приликом утврђивања чињеница у извршном поступку. Вид. Н. Бодирога, 205, 207, 209.

начело извршног поступка, није без изузетка.<sup>1638</sup>

Имајући у виду да се начело формалног легалитета у овом раду разматра у контексту деривативне тужбе, у наставку биће речи само о изузетима који могу бити релевантни за извршни поступак који се покреће на основу пресуде донете у поступку по деривативној тужби. Реч је о одступању које постоји у фази доношења решења о извршењу и односи се на круг лица која имају активну легитимацију за покретање извршног поступка. У редовним околностима, када тужилац води парнични поступак у своје име и за свој рачун, извршни поступак може покренути и водити само лице које је било тужилац у парничном поступку. ЗИО познаје изузетак од овог правила, те у чл. 48 прописује да се извршни поступак води и на предлог и у корист лица које као извршни поверилац није означено у извршној или веродостојној исправи, ако јавном или по закону овереном исправом докаже да је потраживање из извршне или веродостојне исправе прешло на њега, а ако такав доказ није могућ, ако прелаз потраживања докаже правноснажном или коначном одлуком донетом у парничном, прекршајном или управном поступку.<sup>1639</sup> Дакле, као изузетак од правила, закон дозвољава да извршни поступак на основу исправе покрене и лице које је универзални или сингуларни сукцесор повериоца у чију корист је донета извршна, односно веродостојна исправа.<sup>1640</sup>

---

<sup>1638</sup> О одступањима од начела формалног легалитета у свим фазама поступка у којима се примењује вид. Н. Бодирога, 208, 210.

<sup>1639</sup> Исто правило је прописано и у случају да до прелаза потраживања или обавезе дође у току извршног поступка. Вид. ЗИО чл. 48 ст. 2.

<sup>1640</sup> У пракси је све до недавно било спорно да ли чл. 48 ЗИО обухвата промену повериоца/дужника и на основу сингуларне и на универзалне сукцесије. Наиме, Привредни апелациони суд је убрзо након ступања на снагу ЗИО донео одлуке у којима је изнео тумачење да термин „прелаз“ из чл. 48 ЗИО обухвата само промене на основу универзалне сукцесије, али не и на основу сингуларне сукцесије (на пример цесије), те је у случајевима када је до промене повериоца дошло на основу уговора, одбијао предлог за извршење који је био поднет од стране новог повериоца. Због великих проблема које је овакво тумачење законске одредбе изазвало у пракси, Народна скупштина је дана донела аутентично тумачење у којем је наведено следеће „Ову одредбу закона треба разумети тако да законски израз „прелаз“ потраживања или обавезе у себи обухвата и пренос потраживања или обавезе. „Прелаз“ потраживања или обавезе има опште значење и садржи све облике сукцесије потраживања или обавеза, било да до сукцесије долази за време постојања правног субјективитета или након његовог престанка. Или, речено терминологијом одредбе члана 23. раније важећег Закона о извршењу и обезбеђењу (*„Службени гласник РС“*, бр. 31/11, 99/11 – др. закон, 109/13 – УС, 55/14 и 139/14) „прелаз“ обухвата и „пренос и прелаз на други начин“. Стога се и „пренос“ потраживања или обавезе доказује јавном или по закону овереном исправом, а ако то није могуће правноснажном или коначном одлуком донетом у парничном, прекршајном или управном поступку.“ Вид. Аутентично тумачење Народне скупштине, *Службени гласник РС*, бр. 113/2017. Више вид. Ненад Тешић, „Како

## 2. Покретање и вођење извршног поступка

У циљу дефинисања круга активно легитимисаних лица за покретање извршног поступка на основу пресуде донете у парничном поступку по деривативној тужби потребно је имати у виду садржину начела формалног легалитета, али и одредбу закона о подобности извршне исправе за доношење решења о извршењу, којом је прописано да је извршна исправа подобна да се на основу ње донесе решење о извршењу ако садржи *податке о извршном повериоцу, извршном дужнику и предмет, врсту и обим испуњења обавезе*.<sup>1641</sup> У случају пресуде која је донета у поступку по деривативној тужби неспорно је да друштво није имало статус странке у поступку, међутим потребно је имати у виду да је у самој пресуди назначено да се чинидба мора испунити према друштву. Имајући у виду наведено, код пресуда код којих постоји раздвајање стварне и процесне легитимације тужиоца, поставља се питање да ли је за стицање активне легитимације за покретање извршног поступка, сходно начелу формалног легалитета, потребно да постоји идентитет лица које је покренуло парнични и извршни поступак (осим у случају изузетака дефинисаних у чл. 48 ЗИО) или се може сматрати да је начело формалног легалитета испоштовано и у околностима када извршни поступак покреће и лице у чију корист је донета парнична пресуда, али које није водило парнични поступак. У том погледу, у случају пресуде која је донета у поступку по деривативној тужби поставља се питање да ли извршни поступак на основу пресуде може покренути тужилац (члан друштва), у своје име, а за рачун друштва, на исти начин као и деривативну тужбу, а евентуално у своје име и за свој рачун, или друштво имајући у виду да је тужени обавезан на испуњење чинидбе према друштву. Додатна дилема која може постојати јесте да ли би извршни поступак могли да покрену и други чланови друштва који испуњавају услове за подношење деривативне тужбе, а који нису учествовали у поступку по деривативној тужби, с обзиром на то да би непосредна дејства пресуде требало да се односе на све чланове друштва.

Одмах на почетку је потребно истаћи да за разлику од парничног поступка, концепт раздвајања стварне и процесне легитимације није познат у нашој теорији

---

расплакати Есхила? – О правнотрагичној рестриктивности у тумачењу појма „прелаз потраживања“, *Право и привреда* 7-9/2017, 75-108.

<sup>1641</sup> ЗИО, чл. 47.



извршног поступка, вероватно јер се легитимација за покретање извршног поступка везује за легитимацију која је постојала у поступку у коме је донета исправа на основу које се покреће извршни поступак. По овом питању од посебне важности су одредбе чл. 2. ст. 1 тач. 2) ЗИО којим је прописано да је „извршни поверилац“ лице чије се потраживање намирује у извршном поступку и чл. 3 ст. 1 ЗИО којим је прописано да се извршни поступак покреће тако што извршни поверилац подноси предлог за извршење. На основу наведених одредби ЗИО стиче се утисак да извршни поверилац може бити само лице које је истовремено и титулар права које се истиче према извршном дужнику и да ЗИО не дозвољава могућност да у извршном поступку постоји раздвајање стварне и процесне легитимације, односно да се извршни поступак води ради намирења туђег потраживања. У случају пресуде донете на основу деривативне тужбе овако дефинисане одредбе ЗИО могу довести до спорне ситуације, јер би њиховим тумачењем извршни поверилац могло бити само друштво. Међутим, овде се јавља проблем, јер друштво није било странка у парничном поступку.

У том погледу потребно је указати да је у хрватском праву ово питање изричито регулисано законом, те је прописано да када је законом одређено тело или особа која није носилац одређеног права овлашћена покренути поступак ради његовог остварења или осигурања, то тело, односно особа у извршном поступку има статус извршног повериоца.<sup>1642</sup> Истовремено хрватски закон другачије дефинише извршног повериоца, у односу на српски закон, те је извршни поверилац дефинисан као особа која је покренула поступак ради извршења неке тражбине,<sup>1643</sup> дакле хрватски закон не захтева да је извршни поверилац титулар права које се реализује у извршном поступку, као што то чини српски закон. Међутим, на основу одредбе хрватског закона није јасно да ли се право на покретање извршног поступка у овој ситуацији изводи из права на подношење тужбе, или је појединим законима посебно прописано да одређени субјекти имају право и да покрену извршни поступак у своје име, али за рачун другог лица. Додатно, хрватски закон је у овој правној ситуацији дозволио да титулар потраживања непосредно предузима радње у извршном поступку, али само оне које не спречавају спровођење извршења, као и да у случају да извршни поверилац повуче предлог за извршење, може преузети извршни

---

<sup>1642</sup> Овршни закон, *Narodne novine* бр. 112/12, 25/13, 93/14, 55/16, 73/17, чл. 3.

<sup>1643</sup> Овршни закон, чл. 2. ст. 1, тач. 2.

поступак и наставити извршење.<sup>1644</sup>

У оквиру важећих одредби закона у српском праву настала ситуација може бити решена на два начина, а у зависности од схватања међусобног односа начела формалног легалитета, односно појма извршног повериоца и одредбе ЗИО о подобности извршне исправе за извршење. Прво, извршни поступак би могло да покрене само друштво, с обзиром на то да је оно у извршној исправи назначено као поверилац (шире тумачење начела формалног легалитета). Друго, извршни поступак би могао да покрене члан друштва који је водио парнични поступак, у своје име и за свој рачун, на начин да испуњење обавезе туженог према друштву у односу према члану друштва буде правно квалификовано као обавеза чињења, те уколико извршни дужник не би испунио обавезу према друштву, према дужнику би се изрицала новчана казна све док не испуни обавезу из пресуде према друштву (уже тумачење начела формалног легалитета). На основу тренутно постојећих одредби ЗИО чини се да је једино неспорно да чланови друштва који су водили парнични поступак по деривативној тужби (или други чланови друштва) не би могли да покрену извршни поступак у своје име, а за рачун друштва, а што би било најцелисходније решење.

Имајући у виду све наведено поставља се питање која од понуђене две могућности би требало да има приоритет. Полазећи од општеприхваћеног става да би изузетке од начела формалног легалитета требало уско тумачити, предност би требало дати другој могућности, јер она представља уже тумачење начела формалног легалитета. Поред наведеног, уколико би се предност дала тумачењу да је друштво легитимисано за покретање извршног поступка, тада би могло доћи до обесмишљавања деривативне тужбе, јер би тужени уколико и даље имају утицај у друштву могли да спрече покретање извршног поступка од стране друштва. Истовремено, дати закључак има смисла и у другим околностима када је дозвољено водити парнични поступак о туђем праву, јер уколико тужилац из парничног поступка не би имао овлашћење да касније покрене извршни поступак на основу донете пресуде, фактички би се обесмислила правна заштита која му је дата у парничном поступку, јер од стране истог лица не би могла бити принудно реализована.

Као закључак свега претходно наведеног може се констатовати да у нашем

---

<sup>1644</sup> Овршни закон, чл. 3 ст. 4, 5.

извршном праву постоји празнина која се односи на питање раздвајања стварне и процесне легитимације у извршном поступку, јер се на основу дефиниције појма извршног повериоца у ЗИО закључује да у српском праву статус извршног повериоца може имати само лице које је титулар потраживања које се намирује у извршном поступку, што представља нарочит проблем код покретања извршног поступка на основу пресуде која је донета у поступку по деривативној тужби. Наиме, у овом случају делује као непотребно формирање правне конструкције да се обавеза туженог по пресуди донетој у поступку по деривативној тужбу у односу на чланове друштва (тужиоце) квалификује као обавеза чињења, која се затим извршава по правилима за извршење обавезе чињења, нечињења или трпљења из Главе IV ЗИО. У том погледу препорука за будуће измене закона јесте да се у ЗИО измени дефиниција појма извршног повериоца, или да се посебно уреде случајеви покретања извршног поступка на основу пресуде у којима је по самом закону било дозвољено раздвајање стварне и процесне легитимације у парничном поступку. У том смислу једно од решења може бити да се законом изричито пропише које лице има право на покретање извршног поступка у случају када постоји раздвајање стварне и процесне легитимације у парничном поступку. У односу на деривативну тужбу, посебна правила би требало да резултирају тиме да право на покретање извршног поступка имају чланови друштва који су водили поступак по деривативној тужби или други чланови друштва који су обухваћени субјективним границама правоснажности пресуде, а евентуално поред чланова и само друштво.

На крају, уколико би се законом изричито прописало да члан друштва који је водио поступак по деривативној тужби има право да покрене извршни поступак ради наплате досуђеног потраживања, требало би регулисати и активну легитимацију у случају да након доношења пресуде наступи сингуларна сукцесија права власништва над акцијама/уделима, јер у том случају не би постајао идентитет извршног повериоца из извршне исправе и предлога за извршење. У овом случају не би било могуће применити чл. 48 ЗИО, јер није реч о промени титулара права које се намирује у извршном поступку, већ субјекта који има легитимацију за покретање поступка. Међутим, ова ситуација би се могла тумачити на начин да је смисао чл. 48 ЗИО да дозволи покретање извршног поступка у околностима када дође до промене титулара права које даје право на покретање извршног поступка, што у случају ширег тумачења не би подразумевало само титулара права које се намирује у

извршном поступку, већ и титулара права (власништво над уделом/акцијама) које даје право на покретање извршног поступка. Ипак, с обзирима да је реч о начелу формалног легалитета, изричито регулисање ове ситуације би било пожељно.

### 3. Деривативна тужба и привремене мере

Имајући у виду да је последњим изменама ЗПД проширен објективни домен примене деривативне тужбе и на искључење члана друштва са ограниченом одговорношћу, потребно је указати да ЗПД прописује посебну врсту привремене мере<sup>1645</sup> која се може захтевати у овом поступку.

Наиме, ЗПД у чл. 196 ст. 3 прописује да на захтев друштва суд може одредити привремену меру суспензије права гласа члана друштва чије се искључење тражи, као и других права тог члана друштва или привремену меру увођења принудне управе у друштво, ако нађе да је то нужно и оправдано ради спречавања настанка штете за друштво. Имајући у виду да су општи услови за одређивање привремене мере прописани ЗИО вероватност потраживања и опасност по потраживање,<sup>1646</sup> може се закључити да је ЗПД у овом случају одступио од општих правила, јер се услови за одређивање привремене мере не односе на обезбеђење потраживања друштва, које је предмет поступка по тужби и које фактички не може бити доведено у опасност од намирења,<sup>1647</sup> већ је реч о привременој мери чија је основна сврха да се уреде односи у друштву, како поступак по тужби за искључење не би реметио редовно пословање друштва. Дакле, у овом случају ЗПД формално није прописао услове за одређивање привремене мере који одступају од општих услова, већ само садржину привремене мере, као што то чини ЗИО у чл. 459 и 460, али на основу које се посредно закључује да се одређивање привремене мере не може заснивати на општим условима из ЗИО. У том погледу, услови за одређивање привремене мере се не могу ценити према општим правилима, већ према смислу одредби ЗПД. У овом случају једино што може бити спорно јесте да ли би члан друштва у поступку по деривативној тужби могао да захтева одређивање посебне врсте привремене мере, јер чл. 196 ЗПД говори само о друштву као подносиоцу

<sup>1645</sup> Привремена мера као средство обезбеђења је регулисана ЗИО, чл. 447-460.

<sup>1646</sup> ЗИО, чл. 449.

<sup>1647</sup> Искључење члана друштва у ширем смислу речи може представљати неновчано потраживање друштва, односно као „захтев за преображај неког материјалног или процесног односа“ у односу на које ЗИО дозвољава подношење предлога за одређивање привремене мере. Вид. ЗИО, чл. 447 ст. 2.

предлога. Међутим, имајући у виду да деривативну тужбу члан друштва подноси за рачун друштва, требало би дозволити да члан друштва у том својству може да истиче све захтеве које би могло и само друштво да се налази на месту тужиоца, јер право чланова друштва на подношење деривативне тужбе проистиче и креће се у оквирима садржине права друштва које је дало повод за тужбу.

Поред привремене мере из чл. 196, ЗПД и у односу на друге институте компанијског права (који не спадају у домен примене деривативне тужбе) прописује и друге посебне врсте привремене мере, као што је на пример привремена мера забране извршења, односно регистрације одлуке скупштине друштва која се побија тужбом<sup>1648</sup> и привремена мера забране спровођења статусне промене, на предлог друштва у случају да поверилац друштва поднесе тужбу за добијање одговарајућег обезбеђења у складу са чл. 509 и 511 ЗПД. Последња врста привремене мере је у великој мери специфична, јер се не подноси ради заштите потраживања, с обзиром на околност да када поверилац поднесе тужбу против друштва за давање обезбеђења током спровођења поступка статусне промене, не види се које потраживање би друштво могло имати према том повериоцу. Истовремено закључује се да у овој правној ситуацији, по самом закону, предлог за одређивање привремене мере подноси тужени, а не тужилац.<sup>1649</sup>

На основу природе деривативне тужбе, као и наведених одредби ЗПД проистиче да може постојати потреба да се пропишу посебне врсте привремене мере, а које би било могуће захтевати само у поступку по деривативној тужби. Наиме, у околностима када тужени код деривативне тужбе и током поступка има одређени утицај у друштву може постојати потреба за одређивањем привремене мере увођења принудне управе (уколико је реч о директору) или суспензије права гласа (уколико је реч о контролном или већинском члану). У овом случају привременом мером се не би обезбеђивало потраживање које се захтева у парничном поступку, већ би се омогућило функционисање друштва током трајања парничног поступка, на сличан начин као што је то случај са привременом мером из

---

<sup>1648</sup> ЗПД, чл. 377.

<sup>1649</sup> Постоје мишљења да је у овом случају реч о омашци законодавца и да предлог за одређивање привремене мере заправо треба да поднесе поверилац, јер друштво нема интерес да захтева одређивање привремене мере којом се зауставља поступак спровођења статусне промене. Вид. Мирјана Радовић, „Право повериоца да захтева добијање одговарајуће заштите у случају статусне промене привредног друштва – дужника“ *Право и привреда* 4-6/2018, 663.

чл. 196 ЗПД. Оваква врста привремене мере би имала посебан значај у ситуацији уколико постоје индиције да тужени може учинити додатне злоупотребе или утицати на доказе. У том смислу услове за одређивање привремене мере би требало изричито законом прописати у контексту циља којој би требало да служи, јер у овом случају не би се могло расправљати о општим условима за одређивање привремене мере из ЗИО, с обзиром на то да не би постојао основни услов, а то је вероватност постојања потраживања друштва. Затим, у случају када је тужба поднета због повреде дужности пријављивања послова и радњи у којима постоји лични интерес, привременом мером би се могло захтевати забрана реализације правног посла или радње чије се поништење тражи, уколико би реализацијом посла друштву била нанета велика штета или уколико је реч о повреди дужности забране конкуренције, привременом мером би се могла захтевати забрана туженом да обавља функцију у друштву. Свакако, у осталим ситуацијама, које не би биле посебно регулисане, увек када су испуњени општи услови из ЗИО одређивање привремене мере у поступку по деривативној тужби није спорно.

Поред привремене мере која је усмерена на заштиту тужилачке стране, постоји могућност да се посебна врста привремене мере пропише и у циљу заштите туженог. Ово решење би било потпуно одступање од општих правила, јер у поступцима по редовним тужбама није могуће да тужени истиче привремену меру према тужиоцу, већ тужени то може учинити само изван постојећег парничног поступка. Један од легитимних интереса туженог који може бити предмет заштите јесте захтев за надокнаду трошкова, уколико постоји вероватноћа да је поступак по деривативној тужби непотребно покренут. У том погледу привремена мера би могла бити усмерена ка обезбеђењу будућег потраживања туженог на име накнаде трошкова парничног поступка или уопште накнаде штете због неосновано покренутог поступка. Међутим, у овом случају сам концепт привремене мере је споран, јер суд да би оценио да ли постоје услови за одређивање привремене мере (могућност губитка спора од стране тужиоца, односно вероватност потраживања), морао би у одређеној мери да се пре времена упусти у мериторно одлучивање, што није целисходно решење. На тај начин се долази до закључка да посебна врста привремене мере која би била на располагању само туженом у поступку по деривативној тужби, барем на теоријском нивоу разматрања нема оправдање.

## ГЛАВА IV

### ДЕРИВАТИВНА ТУЖБА И СТЕЧАЈНИ ПОСТУПАК

О односу деривативне тужбе и стечајног поступка делом је било речи у оквиру анализе о повериоцима као могућим тужиоцима код деривативне тужбе. У овом делу рада биће дата допуна анализе односа деривативне тужбе и стечајног поступка. Наиме, осим у контексту потенцијалног проширења субјективног домена примене деривативне тужбе, однос стечајног поступка и деривативне тужбе је потребно размотрити и са аспекта утицаја отварања стечајног поступка на деривативну тужбу. У том погледу на првом месту је потребно размотрити на који начин отварање стечајног поступка утиче на започете поступке по деривативној тужби. Затим је потребно размотрити на који начин отварање стечајног поступка утиче на право на подношење деривативне тужбе, односно да ли чланови друштва задржавају право на подношење деривативне тужбе и након отварања стечајног поступка, у случају када је основ за подношење тужбе настао пре отварања стечаја, као и да ли је деривативну тужбу могуће поднети против стечајног управника.

#### 1. Дејство отварања стечаја на започете поступке

Када је реч о утицају отварања стечаја на текуће поступке по деривативној тужби, већ на самом почетку се може закључити да отварање стечајног поступка над друштвом за чији рачун се води поступак по деривативној тужби не би требало да утиче на ток парничног поступка. Овај закључак се заснива на чињеници да друштво није странка у парничном поступку који се води по деривативној тужби, иако се парнични поступак примарно води у интересу друштва над којим је покренут стечајни поступак.

Међутим, чл. 88 Закона о стечају (у даљем тексту: ЗС) може да доведе у питање тачност претходно изнетог закључка. Наиме, ЗС у чл. 88 прописује да се у тренутку наступања правних последица отварања поступка стечаја прекидају сви судски поступци у односу на стечајног дужника *и на његову имовину*. Тумачење чл. 88 ЗС може бити спорно у делу одређења судских поступка који се прекидају тренутком наступања правних последица отварања поступка стечаја, јер закон наводи судске поступке који се воде у односу на стечајног дужника и у односу на

његову имовину, па у том смислу може бити спорно да ли је реч о једној или две врсте судских поступка код којих наступање правних последица отварања стечајног поступка мора довести до прекида поступка. У том смислу део чл. 88 ЗС који упућује на поступке који се воде у односу на имовину стечајног дужника може бити тумачен на начин да отварање стечајног поступка може довести до прекида и судског поступка у коме стечајни дужник није странка, али се поступак води у односу на имовину стечајног дужника. Један од судских поступка који се води у односу на имовину стечајног дужника, а у коме стечајни дужник није странка у поступку је управо парнични поступак по деривативној тужби.

У теорији се под појмом судског поступка из чл. 88 ЗС подразумевају сви парнични и ванпарнични поступци, док су извршни поступци у којима учествује стечајни дужник изузети од примене овог члана закона,<sup>1650</sup> али се посебно не прецизира да ли је реч само о поступцима у којима стечајни дужник има положај странке у поступку или чл. 88 ЗС може обухватати и друге поступке. У циљу тумачења ове спорне одредбе ЗС, потребно је узети у обзир и одредбе чл. 89<sup>1651</sup> и 90<sup>1652</sup> истог закона, којима су прописани услови за наставак судских и осталих поступка који су претходно били прекинути због наступања правних последица отварања стечајног поступка. У овом случају ЗС изричито наводи да је реч о поступцима у којима стечајни дужник има статус странке. Другим речима, ЗС не садржи услове за наставак поступка, а који би се примењивали у случају да се судски поступак води у односу на имовину стечајног дужника, али у коме стечајни дужник није странка у поступку. На тај начин се закључује да је интенција ЗС била

---

<sup>1650</sup> В. Радовић (2017), 772.

<sup>1651</sup> ЗС, чл. 89 прописује да судски поступак из чл. 88. овог закона у којем је стечајни дужник тужилац, односно предлагач наставља се када стечајни управник обавести суд пред којим се води поступак да је преузео поступак. Управни поступак из чл. 88. овог закона покренут на захтев стечајног дужника наставља се када стечајни управник обавести орган који води поступак да је преузео поступак. Правни и порески поступак који за предмет има утврђивање новчане обавезе стечајног дужника не наставља се, а одговарајући орган дужан је да поднесе пријаву потраживања у складу са овим законом.

<sup>1652</sup> ЗС, чл. 90 прописује да парнични поступак у којем је стечајни дужник тужени наставља се ако је: 1) тужилац као стечајни или разлучни поверилац поднео благовремену и уредну пријаву потраживања; 2) на испитном рочишту стечајни управник оспорио пријаву потраживања; 3) тужилац као стечајни или разлучни поверилац закључком стечајног судије упућен на наставак прекинутог парничног поступка ради утврђивања оспореног потраживања; 4) тужилац као стечајни или разлучни поверилац предложио наставак прекинутог поступка у року од осам дана од дана пријема закључка стечајног судије из тачке 3) овог члана.



да отварање стечајног поступка утиче само на судске поступке у којима је стечајни дужник странка у поступку, али не и у односу на поступке у којима стечајни дужник није странка, иако ти поступци могу утицати на правну сферу стечајног дужника.<sup>1653</sup> Овај закључак је у складу са досадашњим тумачењем судова, јер на пример, у случају када је привредно друштво умешач у поступку, отварање стечајног поступка над друштвом не доводи до прекида поступка у односу на друштво, јер оно није странка у поступку.

У америчком праву отварање стечајног поступка не доводи до прекида поступка, већ се тужба одбацује, осим уколико тужилац не докаже да је стечајни управник на тужиоца изричито или прећутно пренео право на наставак поступка по деривативној тужби, што мора бити одобрено од стране суда.<sup>1654</sup>

Са друге стране, иако отварање стечаја не утиче на ток парничног поступка по деривативној тужби, додатна дилема која се може јавити у контексту утицаја стечајног поступка на деривативну тужбу јесте да ли би било целисходно да се дозволи стечајном управнику да преузме поступак (обавезно или по сопственом избору) у ком случају би парнични поступак по деривативној тужби постао поступак по директној тужби друштва, а која промена би нужно захтевала и промену тужиоца у поступку и друге процесне последице. Основ за постављено питање јесте чињеница да суштински разлози који су довели до подношења деривативне тужбе, а то је одбијање органа друштва да покрену поступак, у случају отварања стечајног поступка више не мора постојати, јер контрола над друштвом прелази у руке органа стечајног поступка.<sup>1655</sup> Одговор на постављено питање у великој мери зависи од схватања о положају чланова друштва у стечајном поступку, о чему ће бити речи у наредним излагањима.

## **2. Дејство отварања стечаја на право на подношење деривативне тужбе**

Дејство отварања стечајног поступка на право на подношење деривативне тужбе део је општих разматрања о утицају отварања стечајног поступка на власничка права чланова друштва. У теорији се однос стечајног и компанијског

---

<sup>1653</sup> Вид. Решење Привредног апелационог суда Пж – 2326/2017 од 13.07.2017. године.

<sup>1654</sup> *Thornton v. Bernard Tech., Inc.*, 2009 WL 426179; Seth Aronson, *et.al.*, 19.

<sup>1655</sup> ЗС, чл. 17.

права често схвата као однос конфликта,<sup>1656</sup> јер се поставља питање да ли има места примени правила компанијског права и након отварања стечајног поступка.<sup>1657</sup> У српском праву, постојање овог конфликта се дефинише кроз питање да ли након отварања стечајног поступка одредбе ЗПД у потпуности престају да се примењују, или је и након отварања стечајног поступка могућа примена појединих одредби ЗПД и којих.<sup>1658</sup> Преовлађујуће је схватање да након отварања стечајног поступка долази до значајног ограничења власничких права чланова друштва прописана ЗПД,<sup>1659</sup> али да она нису потпуно укинута. Овај закључак се заснива на тумачењу чл. 74 ЗС којим је прописано да даном отварања стечајног поступка престају заступничка и управљачка права директора, заступника и пуномоћника, као и органа управљања и надзорних органа стечајног дужника која прелазе на стечајног управника. Додатно, наведена одредба ЗС може бити тумачена и на начин да нико други осим стечајног управника не може доносити одлуке у вези са имовином друштва.<sup>1660</sup> Полазећи од наведених премиса може се закључити да отварање стечајног поступка у српском праву спречава могућност подношења деривативне тужбе у случају када је основ за подношење тужбе настао пре покретања стечајног поступка, имајући у виду да је стечајни управник једини овлашћени субјект да доноси одлуке у вези са имовином друштва. Отуда, као нужан закључак следи да је деривативна тужба у стечају недозвољена. Уколико би стечајни управник поднео тужбу по истом правном и чињеничном основу, који би члану друштва омогућио да поднесе деривативну тужбу пре отварања стечајног поступка, у том случају не би било речи о деривативној тужби, већ директној тужби, јер је поднета од стране законског заступника друштва. Истог мишљења је и Основни суд Делавера, који је случају *Thornton, et al. v. Bernard Technologies, Inc* из 2009. године навео да од тренутка

<sup>1656</sup> Вид. Иван Тодоровић, *Правне последице усвајања плана реорганизације*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду 2015, 153.

<sup>1657</sup> Вид. David A. Skeel, *Rediscovering Corporate Governance in Bankruptcy* (2016), European Corporate Governance Institute (ECGI) – Law Working Paper No. 307/2016; доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=2687134>, 12.09.2017, 1021-1034.

<sup>1658</sup> Једно од спорних питања у пракси јесте да ли је члановима друштва дозвољена продаја удела/акција након отварања стечајног поступка.

<sup>1659</sup> И. Тодоровић, 121. Ограничење права чланова друштва у стечају се сматрају потпуно легитимним, јер су и права поверилаца такође ограничена, те би у односу на чланове друштва требало применити исти принцип, који приступ је заступљен и у америчкој теорији. Вид. Thomas G. Kelch, „Shareholder Control Rights in Bankruptcy: Disassembling the Withering Mirage of Corporate Democracy“, *Maryland Law Review* Vol. 52, Iss. 2 1993, 335.

<sup>1660</sup> Вид. В. Радовић (2017), 607.

отварања стечајног поступка право на подношење тужбе припада стечајној маси и самим тим је у искључивој надлежности стечајног управника. Додатно, суд је навео да би члан друштва имао право да поднесе тужбу за рачун друштва само под условом да је стечајни управник ово право пренео на члана друштва и да је тај пренос одобрен од стране суда.<sup>1661</sup> Дакле, реч је о истим условима, као и за наставак започетих поступака по деривативној тужби.

Међутим, када је реч о деривативној тужби потребно је имати у виду да ову тужбу не подноси орган друштва, већ појединачни чланови који као такви по закону немају статус органа управљања друштва. У том погледу чл. 74 ЗС изричито не дефинише на који начин отварање стечајног поступка утиче на права чланова друштва, која се не остварују кроз функционисање органа друштва, као што је на пример деривативна тужба (која је можда чак и једино такво право). Иако чл. 74 ЗС изричито не уређује правне последице отварања стечајног поступка на права чланова друштва, која немају карактер управљачких права, на посредан начин овај члан закона ипак искључује могућност подношења деривативне тужбе након отварања стечајног поступка. Наиме, како је наведено једна од правних последица остварења стечајног поступка јесте престанак права свих органа управљања. У том погледу потребно је поново указати на супсидијарни карактер деривативне тужбе и услове које члан друштва мора да испуни како би стекао право на подношење тужбе. Поред поседовања законом прописаног капитал цензуса, да би стекао право на подношење деривативне тужбе члан друштва мора поднети претходни захтев друштву. Након наступања правних последица отварања стечајног поступка, члан друштва који би намеравао да поднесе деривативну тужбу фактички не би имао ком органу унутар друштва да се обрати са захтевом за подношење деривативне тужбе, осим стечајном управнику. Међутим, стечајни управник нема положај органа друштва, као што је то био случај са скупштином или одбором директора пре покретања стечаја, већ представља орган стечајног поступка.<sup>1662</sup> У том погледу је потребно посебно напоменути да је по ЗС стечајни управник дужан да предузме све неопходне мере за заштиту имовине стечајног дужника и радње побијања, ако би се побијањем увећала стечајна маса, као и да заступа стечајног дужника и стечајну

---

<sup>1661</sup> Доступно на адреси: <https://www.delawarelitigation.com/uploads/file/int97.PDF>.

<sup>1662</sup> ЗС, чл. 17.

масу у покретању и вођењу судских, управних и других поступака.<sup>1663</sup> Дакле, за разлику од ситуације када се друштво налази у редовном режиму пословања и када управа друштва слободно процењује да ли ће покренути одређени судски поступак у име друштва или не, стечајни управник има законску обавезу да покрене поступак уколико би то могло да доведе до увећања имовине стечајног дужника. Истовремено прописивање дужности стечајног управника да покрене судски поступак у име друштва подразумева да у случају када стечајни управник одређени поступак не покрене, тада ће постојати повреда дужности стечајног управника због које ће уследити законом прописане последице.<sup>1664</sup> Другим речима, пасивност стечајног управника се не може санкционисати тиме што би се право на подношење тужбе дало члановима друштва.

У вези са претходно датом анализом, потребно је размотрити питање да ли у случају када је основ за подношење деривативне тужбе настао пре отварања стечајног поступка, има потребе да о подношењу тужбе одлучује било који други субјект, осим стечајног управника. На први поглед вероватно је да је одговор негативан, јер након отварања стечајног поступка не постоји основни разлог због којег деривативна тужба постоји, а то су основи сумње да тужба неће бити поднета јер орган који одлучује о покретању судског поступка у име друштва неће донети такву одлуку због постојања заједничких интереса које може имати са туженим. Такође, проблем подстицаја чланова друштва на подношење тужбе у окружењу стечајног поступка постаје нарочито споран, јер је мало вероватно да би чланови тужбу били спремни да штите интересе друштва, поготово у околностима када се стечај спроводи банкротством.<sup>1665</sup> Дакле, законом наглашена обавеза стечајног управника да предузима све радње које могу довести до увећања имовине друштва, као и изостанак одговарајућег *ratio legis-a* могу представљати довољан основ за ускраћивање права на подношење деривативне тужбе у стечају уколико је реч о основу који је постојао пре отварања стечајног поступка.

Ипак, без обзира на све претходно наведено, у концептуалном смислу потребно је истаћи да не постоје озбиљни разлози против постојања права члана друштва на подношење деривативне тужбе након отварања стечајног поступка.

---

<sup>1663</sup> ЗС, чл. 27 ст. 1 тач. 1, 17.

<sup>1664</sup> ЗС, чл. 31, 32.

<sup>1665</sup> ЗС, чл. 1.

Наиме, друштво може имати само користи, а никако губитак од поступка који се води по деривативној тужби. Такође, поступак по деривативној тужби не би утицао на ток вођења стечајног поступка. Отуда, прави одговор на питање да ли је потребно дозволити деривативну тужбу и након покретања стечајног поступка је могуће дати тек након ослушкивања праксе да ли је ова врста тужбе у стечају потребна.

Имајући у виду изнети закључак да деривативна тужба није дозвољена у стечају, као логично питање се поставља следеће: да ли је искључиво право стечајног управника на подношење тужбе у име и за рачун стечајног дужника након отварања стечајног поступка у колизији са правилом да стечајни поступак не утиче на поступке по деривативној тужби који су покренути пре покретања стечајног поступка? Одржавање оваквог стања ствари јесте у колизији, јер не постоји основ да се прави разликовање у односу на поступке који су покренути пре или након отварања стечајног поступка из ког разлога би у будућности требало размотрити могућност усклађивања утицаја отварања стечајног поступка на право на подношење деривативне тужбе и на већ започете поступке по деривативној тужби. У том погледу, уколико се задржи схватање да стечајни управник има искључиво право на вођење судских поступака за рачун друштва у стечају, у том случају би требало прописати право или можда чак и обавезу стечајног управника да преузме поступак по деривативној тужби која је поднета пре покретања стечајног поступка. Уколико би се преузимање поступка по деривативној тужби дефинисало као право стечајног управника, у случају да стечајни управник не преузме поступак оправдано је члановима друштва дати право да наставе започети поступак, опет из разлога јер поступак не терети стечајну масу, ни сам стечајни поступак.

## 2.1. Могућност подношења деривативне тужбе против стечајног управника

На крају, у контексту дејства отварања стечајног поступка на деривативну тужбу као самостално, али ипак уско повезано питање, поставља се да ли је деривативну тужбу могуће поднети против стечајног управника. Полазећи од садржине законодавног оквира деривативне тужбе може се закључити да таква могућност није дозвољена.

Наиме, деривативну тужбу је могуће поднети само у границама законом прописаног субјективног и објективног домена примене ове тужбе. У односу на

стечајног управника као потенцијалног туженог код деривативне тужбе у српском праву није испуњен како објективни, тако ни субјективни домен примене деривативне тужбе. У односу на субјективни домен примене деривативне тужбе стечајни управник није лице које има посебне дужности према привредном друштву из ЗПД,<sup>1666</sup> па самим тим не спада у круг лица која могу бити тужена деривативном тужбом. Овде је потребно напоменути да стечајни управник по ЗС има статус законског заступника друштва у стечају,<sup>1667</sup> те би у ширем смислу речи спадао у појам заступника друштва који има посебне дужности према друштву. Међутим, чак и под претпоставком да има места примени одређених одредби ЗПД након отварања стечајног поступка, одредбе о посебним дужностима се не би односиле на стечајног управника, јер су дужности које стечајни управник има у односу на стечајног дужника, али и друге учеснике у поступку, пре свега повериоце, уређене одредбама ЗС. Одредбама ЗС прописани су стандарди понашања стечајног управника, који су другачији у односу на стандарде дефинисане ЗПД. Наиме, чл. 27 ЗС прописано је да стечајни управник обавља своје послове самостално и са пажњом доброг стручњака, у складу са овим законом, националним стандардима за управљање стечајном масом и кодексом етике, а такође су прописани и појединачни стандарди понашања које стечајни управник треба да примењује приликом обављања функције стечајног управника. Такође, ЗС је прописано да стечајни управник учесницима у поступку одговара за штету проузроковану само крајњом непажњом или намером, дакле не одговара за обичну непажњу.<sup>1668</sup> Имајући у виду наведено кривица стечајног управника за проузроковану штету се не претпоставља, већ мора да се доказује у сваком конкретном случају. На основу свега наведеног закључује се да је одговорност стечајног управника уређена потпуно другачије у односу на одговорност осталих заступника из ЗПД и самим тим не постоји основ да се стандарди понашања заступника из ЗПД примењују и на поступање стечајног управника.

Међутим, иако је неспорно да према тренутно важећим прописима није могуће поднети деривативну тужбу против стечајног управника, може се расправљати о томе да ли има потребе да се субјективни, а самим тим нужно и

---

<sup>1666</sup> ЗПД, чл. 61.

<sup>1667</sup> ЗС, чл. 19.

<sup>1668</sup> ЗС, чл. 31.

објективни домен примене деривативне тужбе прошири и на одговорност стечајног управника за штету коју проузрокује стечајном дужнику, односно његовој имовини.

У циљу дефинисања одговора на постављено питање претходно је потребно утврдити да ли чланови друштва располажу другим средством којим би могли да утичу на поступање стечајног управника. ЗС прописује две врсте санкција за неправилан рад стечајног управника (пored професионалне одговорности), а то су разрешење и одговорност за штету. Поред наведеног, могуће је истаћи примедбе на рад стечајног управника о којима одлучује стечајни судија. Међутим, ниједно од наведених средстава није доступно члановима друштва.

Када је реч о разрешењу и истицању примедби на рад стечајног управника, о овим питањима одлучује стечајни судија, али само на предлог одбора поверилаца.<sup>1669</sup>

Када је реч о одговорности за штету, околности су још сложеније. Наиме, ЗС прописује да стечајни управник одговара за штету коју је својим радом причинио учесницима у поступку. ЗС затим прописује да стечајни дужник стиче својство странке подношењем предлога за покретање стечајног поступка.<sup>1670</sup> У овом случају појам учесника у поступку би требало да обухвати и појам странке (међу које се убрајају и повериоци након подношења пријаве потраживања, ЗС чл. 51 ст. 2), јер у супротном имовинска одговорност стечајног управника не би имала суштински значај. На основу наведена два члана закона закључује се да би стечајни управник могао да одговара и за штету коју је проузроковао стечајном дужнику. Међутим, имајући у виду да је стечајни управник једино лице које је овлашћено да покрене судски поступак у име стечајног дужника, у крајњем исходу се долази до резултата да стечајни управник никада неће одговарати за штету проузроковану стечајном дужнику, барем док се налази на функцији, јер не постоји законом овлашћен орган да у овим околностима поднесе тужбу у име и за рачун друштва. Имајући у виду наведено, деривативна тужба би представљала једино решење за насталу ситуацију, при чему би право на подношење тужбе могли имати чланови друштва или повериоци, јер у оба случаја може постојати легитиман интерес за подношење тужбе. Деривативна тужба против стечајног управника може бити корисно средство, јер чланови друштва, али ни повериоци, скоро да немају могућност да непосредно

---

<sup>1669</sup> ЗС, чл. 32, 41.

<sup>1670</sup> ЗС, чл. 51.

заштите имовину друштава (стечајног дужника) од штетних радњи стечајног управника све док се стечајни управник налази на функцији, али и након тога је спремност новог стечајног управника за подношење тужбе упитна. Наиме и тада се може говорити о одређеној пристрасности, као у случају директора друштва, јер није за очекивати да ће стечајни управници стварати праксу постојања сопствене одговорности. Са друге стране, разрешење или мере јавно правно<sup>1671</sup> карактера не могу заменити ефекте имовинске одговорности стечајног управника према стечајној маси.

У случају када би се деривативна тужба подносила против стечајног управника, тада би било потребно посебно уредити претходни захтев, имајући у виду да је стечајни управник једини субјект надлежан да одлучује о покретању поступка у име друштва и да самим тим претходни захтев не може бити поднет друштву, односно стечајном дужнику. По овом питању могућа су два решења, прво да се одустане од претходног захтева као услова за подношење деривативне тужбе и друго може се прописати да је за подношење тужбе потребна сагласност стечајног судије или одбора поверилаца. Прво решење је прихватљивије, јер друго решење није у сагласности са природом претходног захтева као услова за подношење тужбе и деривативној тужби би дало потпуно другачији смисао. С обзиром на то да би било потребно одустати од претходног захтева, као одређени вид заштите од непотребних тужби могло би се размишљати о повећању капитал цензуса за подношење тужбе.

Могућност подношења деривативне тужбе против стечајног управника може бити допуна у односу на правило да би стечајни управник требало да поднесе тужбу против бивших чланова управе или чланова, у односу на основ који би дозвољавао подношење деривативне тужбе пре отварања стечајног поступка. У том погледу уколико стечајни управник из неоправданог разлога не поднесе тужбу или настави поступак против бивших чланова управе, то би представљало повреду дужности од стране стечајног управника и самим тим основ за подношење деривативне тужбе против стечајног управника лично.

---

<sup>1671</sup> ЗС, чл. 26.



## ГЛАВА V

### ДЕРИВАТИВНА ТУЖБА И АРБИТРАЖА

Једно од веома важних питања које се може поставити у практичној примени деривативне тужбе јесте да ли би одлучивање о деривативној тужби могло бити поверено арбитражи, или у овом сегменту постоји искључива надлежност државног суда. У тренутно постојећим околностима, када чланови друштва који подnose деривативну тужбу сnose све трошкове поступка, вероватно је да у већини случајева не би чак ни разматрали могућност покретања арбитражног поступка, јер се углавном сматра да је арбитражно решавање спорова скупље у односу на решавање спорова од стране државног суда. Међутим, у одређеним случајевима када трошкови поступка нису толико релевантни, а неопходно је доношење одлуке у кратком року, арбитражно решавање спора може бити целисходније решење. Додатно, арбитражно решавање спорова по деривативној тужби може бити од великог значаја уколико се за конкретан случај оцени да државни судови не би имали довољно искуства да реше спор.

Имајући у виду да се у поступку по деривативној тужби одлучује о имовинско правним захтевима приватних лица, одмах на почетку се може поставити питање због чега би надлежност арбитраже за одлучивање о деривативној тужби била упитна. Проблем који овде може постојати јесте околност да деривативна тужба припада компанијском праву, као грани права у односу на коју је објективна арбитрабилност тренутно спорна. Имајући у виду наведено, пре разматрања надлежности арбитраже за одлучивање о деривативној тужби потребно је дефинисати сам појам арбитрабилности и спорне тачке арбитрабилности у компанијском праву.

#### 1. Проблем арбитрабилности

Закон о арбитражи (у даљем тексту: ЗА) општи појам арбитрабилности одређује као подобност спора да буде предмет арбитражног поступка, при чему прописује три услова арбитрабилности, а то су да је реч о имовинском спору, да странке могу слободно располагати правима која су предмет спора и да за конкретну

врсту спора није предвиђена искључива надлежност суда.<sup>1672</sup> За разлику од закона, теорија није јединствена у одређењу појма арбитрабилности, те се поред општег појма арбитрабилности,<sup>1673</sup> говори и о функционалном појму арбитрабилности,<sup>1674</sup> који се даље дели на функционални појам арбитрабилности у ширем, ужем и најужем смислу.<sup>1675</sup> Поред појма, теорија дефинише и врсте арбитрабилности (објективна и субјективна).<sup>1676</sup>

С обзиром на постојање неколико могућности за дефинисање појма арбитрабилности, за потребе даљих излагања арбитрабилност је довољно одредити као подобност да одређени спор буде решен пред арбитражом.

Имајући у виду да се арбитрабилност у основи своди на постојање надлежности арбитраже за одлучивање о конкретном спору, потребно је указати да арбитрабилност сама по себи нема значење, већ само у односу на конкретан арбитражни споразум. У том смислу арбитрабилност посредно утиче на надлежност арбитраже и то кроз операционализацију арбитражног споразума.<sup>1677</sup> Поред наведеног, још једно важно својство арбитрабилности јесте да представља променљиву категорију, јер одређена врста спора која у датом тренутку није арбитрабилна, већ у наредном може бити.<sup>1678</sup> Спорови из компанијског права један

---

<sup>1672</sup> ЗА, чл. 5.

<sup>1673</sup> Јелена Вукадиновић, *Улога арбитрабилности у процесу решавања спорова пред међународном трговинском арбитражом*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду 2016, 101.

<sup>1674</sup> У функционалном смислу арбитрабилност се доводи у везу са конкретним арбитражним споразумом и предметом спора. Ј. Вукадиновић (2016), 102.

<sup>1675</sup> Појам функционалне арбитрабилности у ширем смислу се дефинише као „скуп општих ограничења која се морају поштовати за арбитражно решавање спорова“. Појам функционалне арбитрабилности у ужем смислу се дефинише као подобност да одређена врста спора буде поверена на решавање одређеном арбитражном суду. Појам функционалне арбитрабилности у најужем смислу се дефинише као подобност арбитражног споразума да заснује надлежност конкретне арбитраже поводом тачно одређеног предмета спора. Ј. Вукадиновић (2016), 102-106.

<sup>1676</sup> Гашо Кнежевић, Владимир Павић, *Арбитража и АДП*, Правни факултет Универзитета у Београду 2007<sup>3</sup>, 58-59.

<sup>1677</sup> Вид. Ј. Вукадиновић (2016), 104.

<sup>1678</sup> Ј. Вукадиновић (2016), 104. У нашој судској пракси заузет је став да је суд овлашћен да испитује пуноважност арбитражне клаузуле једино у поступку по тужби ради утврђивања ништавости арбитражне одлуке (Вид. Решење Привредног апелационог суда, Пж – 1057/2015 од 21.10.2015. године – Судска пракса привредних судова - Билтен бр. 1/2016). У образложењу одлуке суд је навео да је „Закон о арбитражи прихватио доктринарно правило *competenz-competenz* (у преводу надлежност за надлежност) које по својој правној природи представља правну фикцију по којој је арбитражни суд увек надлежан да одлучи о својој надлежности. Како Закон о арбитражи у чл. 7. предвиђа да државни суд може у вези са арбитражом предузимати само оне радње које су изричито

су од примера који доказују ово својство арбитрабилности.

### 1.1. Арбитрабилност и компанијско право

Објективна арбитрабилност компанијских спорова тренутно је веома актуелна тема у српском праву, док се у иностраној пракси и теорији о овој теми говори већ дуже време.<sup>1679</sup>

Полазећи од поделе спорова из области компанијског права на спољашње и унутрашње, на самом почетку потребно је истаћи да је објективна арбитрабилност у компанијском праву спорна само у сегменту унутрашњих спорова, односно спорова између лица која потичу из унутрашње сфере друштва, како међусобно тако и у односу према друштву.<sup>1680</sup> У овом случају постоје већа или мања одступања у контексту дефинисања објективне арбитрабилности. На пример, посебна арбитражна правила Немачког арбитражног института (DIS) за компанијске спорове под појмом „компанијски спорови“ подразумевају спорове који настају само између чланова друштва, односно друштва и његових чланова.<sup>1681</sup> Дакле, у овом случају спор између директора и друштва не би спадао у домен објективне арбитрабилности компанијских спорова.

Један од основних принципа арбитрабилности јесте да, по правилу, сваки спор имовинско правне природе може бити поверен на решавање арбитражи. У том

---

одређене тим законом и како Закон о арбитражи не предвиђа могућност подношења посебне тужбе редовном суду ради утврђивања ништавости арбитражне клаузуле (не предвиђа је ни у посебном одељку који регулише ништавост), произлази да је редовни суд овлашћен да испитује пуноважност арбитражне клаузуле једино у предвиђеном поступку по тужби ради утврђивања ништавости донете арбитражне одлуке од стране арбитражног суда.“ Овакво схватање суда није у складу са ЗА који у чл. 14. прописује да суд коме је поднета тужба у ствари која је предмет споразума о арбитражи оглашава се ненадлежним и одбацује тужбу по приговору странке који мора да буде поднет пре упуштања у расправљање о предмету спора, осим ако утврди да је споразум о арбитражи очигледно ништав, да је без дејства или да га није могуће извршити. Дакле, ЗА иако у ограниченом обиму ипак дозвољава да суд одлучује о пуноважности арбитражног споразума пре него што се о овом питању изјасни уговорена арбитража. За додатну аргументацију видети у: Г. Кнежевић, В. Павић, 70-73.

<sup>1679</sup> Barbara Black, „Arbitration of investors' claims against issuers: an idea whose time has come?“, *Law and Contemporary Problems* Vol. 75, No. 1 2012, 107.

<sup>1680</sup> Јелена Вукадиновић, „Арбитрабилност спорова – с посебним освртом на спорове из компанијског права“, *Право и привреда* 4-6/2018, 430.

<sup>1681</sup> Видети допунска арбитражна правила за компанијске спорове немачког арбитражног института (DIS), <http://www.disarb.org/en/16/rules/dis-supplementary-rules-for-corporate-law-disputes-09-srcold-id15>.

погледу обично се сматра да арбитрабилност не постоји само у споровима у којима је присутан јавни интерес.<sup>1682</sup> Имајући у виду наведено, као и чињеницу да је законом дефинисан циљ привредног друштва остваривање добити која припада искључиво члановима друштва,<sup>1683</sup> поставља се питање где се налази суштина проблема објективне арбитрабилности у компанијском праву.

Углавном се сматра да је корен проблема арбитрабилности у компанијском праву тај што уговарање арбитраже као механизма решавања спорова може бити супротно основним принципима компанијског права.<sup>1684</sup>

На првом месту, у одређеним сегментима компанијског права присутан је и јавни, а не само приватни интерес, из ког разлога је статусни закон прописао механизам решавања спора, који би због своје природе требало да искључи могућност уговарања арбитраже. На пример, у случају када је законом прописано да одређени сукоб у друштву може бити решен принудном ликвидацијом друштва,<sup>1685</sup> онда би било веома тешко оправдати надлежност арбитраже, као приватно правног механизма решавања спорова, да одлучује о једном питању које по значају превазилази интересе приватних лица и улази у домен јавног интереса.

Поред наведеног, арбитражно решавање компанијско правних спорова може бити у колизији са основним принципима ове две гране права посматране у међусобном односу, где се јављају два проблема. Први проблем се односи на пуноважност арбитражног споразума, односно на који начин обезбедити да сва материјално заинтересована лица унутар друштва дају сагласност на арбитражни споразум.<sup>1686</sup> Други проблем се односи на дејство арбитражне одлуке, односно на који начин обезбедити да одлука делује на сва лица унутар друштва, а не само учеснике арбитражног поступка.<sup>1687</sup>

Када је реч о првом питању, сматра се да арбитражна клаузула у компанијском праву може бити садржана у оснивачком акту, индивидуалном

---

<sup>1682</sup> Lars A. Markert, *Arbitrating Corporate Disputes – German Approaches and International Solutions to Reconcile Conflicting Principles*, *Contemporary Asia Arbitration Journal*, Vol. 8, No. 1, 2015, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=2612404>, 01.04.2018, 34.

<sup>1683</sup> ЗПД, чл. 2.

<sup>1684</sup> L. Markert, 35.

<sup>1685</sup> Због наведеног у случају *Silica Investors Ltd. v Tomolugen Holdings Ltd.*, [2014] 3 SLR 815, [2014] SGHC 101 Виши суд Сингапура је закључио да спор поводом заштите мањинских акционара због неправичног поступања није арбитрабилан. Вид. L. Markert, 37 фн. 29.

<sup>1686</sup> L. Markert, 38.

<sup>1687</sup> *Ibid.*, 40.

уговору између друштва и члана (или директора) и у унутрашњим актима компаније.<sup>1688</sup> Највеће дилеме ствара арбитражна клаузула која је садржана у оснивачком акту или статуту акционарског друштва. Наиме, у случају када се оснива друштво са ограниченом одговорношћу, не постоје веће дилеме, јер овај документ потписују сви оснивачи друштва. Међутим, у акционарском друштву околности су другачије, јер акционари по правилу не потписују нити оснивачки акт, нити статут друштва. Ово је питање које је решено у сваком праву индивидуално, те је на пример у Немачкој суд оценио да акционар не може бити обавезан таквом арбитражном клаузулом, док је у САД суд признао пуноважност арбитражног споразума и у односу на акционаре.<sup>1689</sup> Амерички судови се код овог питања нису бавили формалним питањем да ли је акционар потписао арбитражну клаузулу или не, већ да ли се са сигурношћу може закључити да је изразио своју сагласност на арбитражни споразум (гласањем за измене акта друштва, знањем да је ова клаузула садржана у актима друштва приликом куповине акција).<sup>1690</sup> На исти начин спорна може бити и ситуација када дође до промене члана у друштву, те да ли је у том случају нови члан самим приступањем друштву обавезан арбитражном клаузулом, или је потребно да се изјасни да ли прихвата арбитражну клаузулу.

За разлику од првог питања, које може бити решено и без посебних правила, измене правила о субјективним границама арбитражне одлуке је тешко постићи без изричите регулативе. Сукоб правила арбитражног права да одлука делује само *inter partes* и потребе компанијског права да одлука о статусном спору делује *erga omnes* је највише допринео да се одређени компанијски спорови оцене као неарбитрабилни, посебно када је реч о поништају одлуке скупштине.<sup>1691</sup> Идентичан проблем може настати и у другим врстама спорова, јер природа компанијског права по правилу захтева да се одлука односи на шири круг лица, у односу на она која су учествовала у поступку.

---

<sup>1688</sup> *Ibid.*, 39.

<sup>1689</sup> *Ibid.*

<sup>1690</sup> *Ibid.*, 40.

<sup>1691</sup> *Ibid.*, 41-42. Вид. Тајјана Јевремовић Петровић, „Арбитрабилност спорова у вези са побијањем одлука скупштине привредног друштва“, *Право и привреда* 4-6/2018, 231-232.

## 1.2. Арбитрабилност и ЗПД

Када је реч о српском праву, поред принципијелних проблема који ће вероватно бити анализирани од стране законодавца у тренутку када арбитрабилност компанијских спорова буде детаљније разматрана, у овом тренутку основни проблем који може представљати препреку објективној арбитрабилности компанијског права јесте чл. 7 ЗПД којим је прописано да у парничним и ванпарничним поступцима покренутим у случајевима прописаних овим законом, као и у споровима који произлазе из овог закона, *надлежан је суд* одређен законом којим се уређује надлежност судова према седишту привредног друштва или предузетника, односно према месту пословања огранка страног правног лица, осим ако је овим законом предвиђена месна надлежност другог суда. Наведена одредба ЗПД се може тумачити на начин да ЗПД прописује искључиву надлежност државног суда за решавање свих спорова који проистичу из одредби ЗПД.<sup>1692</sup>

Међутим, чл. 7 ЗПД не би требало да представља препреку објективној арбитрабилности компанијско правних спорова, јер овај члан закона није стипулисан на начин да се њиме прописује искључива надлежност суда, с обзиром на околност да овај члан закона не садржи речи „искључива надлежност“. Како је наведено у претходним излагањима, слична дилема постојала је и у погледу питања да ли је чл. 7 ЗПД прописана искључива месна надлежност суда према месту седишта привредног друштва, а самим тим да ли је дозвољен споразум о месној надлежности за решавање спорова који могу проистећи из одредби ЗПД. Имајући у виду да је изнето схватање да чл. 7 ЗПД није прописна искључива месна надлежности суда за решавање компанијско правних спорова, као нужна последица оваквог тумачења проистиче да се у српском праву не може говорити ни о постојању искључиве надлежности државног суда за решавање спорова који могу проистећи из одредби ЗПД.

Међутим, иако је општи закључак да чл. 7 ЗПД не би требало да буде препрека објективној арбитрабилности у компанијском праву, овај закључак истовремено не подразумева да су сви спорови који су предвиђени ЗПД арбитрабилни, јер је у сваком конкретном случају потребно испитати да ли су испуњени услови арбитрабилности из ЗА.

---

<sup>1692</sup> М. Васиљевић (2017), 79.

## 2. Арбитрабилност деривативне тужбе

Деривативна тужба има посебно место у расправи о арбитрабилности спорова из области компанијског права, јер ова тема за сада није коначно решена чак ни у америчком праву у коме се највише примењује.<sup>1693</sup> Оно што је приметно јесте да амерички судови изражавају наклоност ка решавању спорова због повреде фидуцијарних дужности пред арбитражом, док арбитражне институције не деле исто мишљење. На пример, арбитражна правила њујоршке берзе изричито прописују да се арбитражни поступак не може водити по деривативној тужби.<sup>1694</sup>

Амерички судови су први пут изричито признали пуну надлежност арбитраже за одлучивање о деривативној тужби тек 1994. године у случају *In re Salomon Inc. Shareholders' Derivative Litigation* који се решавао пред судом у Њујорку.<sup>1695</sup> Овај случај се сматра зачетком нове ере у решавању унутрашњих компанијских спорова, јер је суд први пут код акционарских друштава признао правно дејство арбитражне клаузуле за решавање спора по деривативној тужби, која је садржана у актима друштва.<sup>1696</sup> Пре одлуке у случају *In re Salomon Inc. Shareholders' Derivative Litigation* судови су признали пуноважност арбитражног споразума само у интерним актима друштава затвореног типа.<sup>1697</sup> Сматра се да је основ за доношење одлуке у случају *Salomon* била одлука Врховног суда САД у случају *Moses H. Cone Memorial Hospital v. Mercury Construction Corp*, која је донета деценију раније 1983. године, где је суд изнео схватање да било која сумња у смислу постојања арбитрабилности одређеног спора треба да буде решена у корист арбитраже.<sup>1698</sup> У Делаверу суд је признао могућност уговарања арбитраже за решавање спорова поводом повреде фидуцијарних дужности тек 2010. године у случају *In re Revlon Inc. Shareholders Litigation*.<sup>1699</sup> Након доношења ове одлуке пословна пракса је одмах реаговала, те су компаније у својим интерним актима

---

<sup>1693</sup> В. Black (2012), 117 фн. 76.

<sup>1694</sup> Правило 600 D, доступно на адреси: [http://wallstreet.cch.com/nysetools/PlatformViewer.asp?SelectedNode=chp\\_1\\_9&manual=/nyse/rules/nyse-rules/](http://wallstreet.cch.com/nysetools/PlatformViewer.asp?SelectedNode=chp_1_9&manual=/nyse/rules/nyse-rules/).

<sup>1695</sup> 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, Iss. 1 1996, 337-338.

<sup>1696</sup> *Ibid.*

<sup>1697</sup> *Ibid.* 340.

<sup>1698</sup> *Ibid.*, 346.

<sup>1699</sup> В. Black (2012), 111.

почеле да уговарају искључиву надлежност суда за решавање статусних спорова.<sup>1700</sup>

Након доношења одлуке Врховног суда САД из 1983. године, теорија је почела детаљније да се бави арбитрабилношћу спора по деривативној тужби. У односу на деривативну тужбу основни проблем се такође односио на постојање сагласности за арбитражно решавање спора, али су против арбитрабилности деривативне тужбе истицани и правно политички разлози, јер се сматрало да деривативна тужба, као ни колективна, по својој природи нису подобне да буду решаване од стране арбитраже, јер се у поступцима по овим тужбама не ради само о интересу тужилаца.<sup>1701</sup> Један од аргумента ове врсте који је истицан против арбитрабилности деривативне тужбе јесте да су арбитражи лица блиска пословном свету, због чега нису наклоњени акционарима, већ туженима.<sup>1702</sup> У том погледу постојало је мишљење да судови неће бити вољни да препусте своју надлежност арбитражи када је реч о повреди фидуцијарних дужности.<sup>1703</sup> Са друге стране, у прилог арбитрабилности деривативне тужбе је истицано да може допринети јефтинијем и ефикаснијем решавању спорова.<sup>1704</sup> Затим, често се арбитрабилност деривативне тужбе спомињала у контексту спречавања злоупотребе деривативне тужбе, те отуда не изненађује чињеница да је арбитрабилност деривативне тужбе први пут призната у Њујорку, јер је ова држава позната по томе да није наклоњена деривативној тужби.<sup>1705</sup> Посебно када је реч о правно политичким разлозима против арбитрабилности деривативне тужбе указано је да уколико компанија може да искључи или ограничи одговорност директора, самим тим може да измени и форум за решавање спора по истом основу.<sup>1706</sup>

Када је реч о пуноважности арбитражног споразума, америчка судска пракса је формирала одступање од традиционалног захтева арбитражног права, те је уместо писане сагласности за пуноважност арбитражног споразума у случају статусних спорова формирала правило да је довољно да су чланови упознати са постојањем

---

<sup>1700</sup> *Ibid.*, 112.

<sup>1701</sup> J. Sanborn, 341, 348.

<sup>1702</sup> *Ibid.*, 348.

<sup>1703</sup> Garry D. Hartlieb, „Enforceability of Mandatory Arbitration Clauses for Shareholder-Corporation Disputes“, *Michigan Business & Entrepreneurial Law Review* Vol. 4, Iss. 1 2014, 135.

<sup>1704</sup> J. Sanborn, 348.

<sup>1705</sup> *Ibid.*, 338, 340.

<sup>1706</sup> G. Hartlieb, 136.



арбитражног споразума.<sup>1707</sup> У случају *In re Salomon Inc. Shareholders' Derivative Litigation*<sup>1708</sup> тужилац такође није потписао арбитражни споразум. Међутим, суд је на приговор да тужиоци нису потписници арбитражног споразума одговорио аргументацијом, да иако начелно у већини случајева може имати смисла, код деривативне тужбе не може се истаћи, јер се мора имати у виду да се деривативна тужба подноси у име друштва и да се том тужбом остварује захтев друштва. У том погледу, тужилац мора да се стави у „ципеле друштва“ и да уколико је друштво уговорило арбитражу за решавање одређеног спора, онда и члан друштва деривативну тужбу мора поднети пред арбитражом. Ово схватање је и данас прихваћено и често се цитира у одлукама које се баве овим питањима. Исти закључак се односи и на арбитражни споразум који је садржан само у актима друштва, а који није потписан од стране свих чланова. Међутим, имајући у виду да у америчком праву интерне акте друштва може мењати управа без сагласности чланова, ово решење може деловати неправично, али се у литератури сматра да је то део ризика који мора бити прихваћен, те једино од чега се не може одустати јесте да је акционар упознат са постојањем арбитражног споразума.

Наведено правило, ипак не даје одговор на све ситуације које могу настати у пракси, јер се може догодити да је арбитражна клаузула садржана у интерним актима друштва, а није у уговору са туженим и обрнуто. Ова питања до сада још увек нису коначно решена. У односу на ситуацију када је арбитражна клаузула садржана само у интерним актима друштва, али није у уговору са туженим, теорија сматра да нема основа да се тужени обавезе арбитражном клаузулом.<sup>1709</sup> У односу на другу ситуацију, када је арбитражна клаузула садржана у уговору са туженим, али није у интерним актима друштва, теорија сматра да треба примењивати опште правило, односно уколико су акционари обавештени о постојању арбитражног споразума тада би требало да буду обухваћени дејством споразума.<sup>1710</sup> Међутим, судска пракса по овом питању није била истог мишљења, те је у случају *Parfi Holding AB v. Mirror Image Internet, Inc* из 2002. године суд изнео схватање да код повреде фидуцијарних дужности, акционари не могу бити обавезани арбитражном клаузулом која је садржана само у уговору са контролним акционарем, али није у

---

<sup>1707</sup> *Ibid.*, 140-145.

<sup>1708</sup> Доступно на адреси: <https://caselaw.findlaw.com/us-2nd-circuit/1014853.html>.

<sup>1709</sup> J. Sanborn, 362.

<sup>1710</sup> *Ibid.*, 361.

интерним актима друштва (међутим треба имати у виду да је ова одлука донета пре одлуке у случају *Revlon*).

## 2.1. Арбитрабилност деривативне тужбе у српском праву

Када је реч о српском праву, постоје два претходна питања која је потребно размотрити пре давања коначне оцене арбитрабилности деривативне тужбе. Прво, да ли спорови који спадају у објективни домен примене деривативне тужбе могу бити поверени на решавање арбитражи. Друго, да ли покретање арбитражног поступка као одговор на претходни захтев члана, може да се сматра поступањем по претходном захтеву.

У односу на прво питање, може се рећи да сви спорови, осим искључења члана друштва са ограниченом одговорношћу, начелно би могли бити решени пред арбитражом, јер је реч о искључиво имовинско правним споровима, који немају статусно дејство. Наиме, у случају искључења члана друштва са ограниченом одговорношћу ЗПД прописује да се тужба подноси суду, што може указивати да постоји искључива надлежност суда за решавање ове врсте спора. У свим осталим случајевима ЗПД говори само о тужби, при чему не прецизира да ли је реч о суду или евентуално арбитражи. Слична ситуација у нашем праву је постојала пре измена ЗС из 2017. године, када је у односу на оспорена потраживања ЗС прописивао рок за подношење тужбе или наставак поступка парничном суду.<sup>1711</sup> Управо прецизирање да се у случају оспореног потраживања поступак покреће или наставља пред судом, могло је да се тумачи да ове поступке није било могуће водити пред арбитражом. Међутим, потребно је указати да се теорија није слагала са изнетим тумачењем,<sup>1712</sup> док пракса није имала прилике да се изјасни о овом питању. У том погледу, исти аргументи могу се истаћи и у односу на тужбу из чл. 196 ЗПД, како у прилог, тако и против постојања искључиве надлежности суда. Ипак, поред аргументације која се односи на спорну одредбу ЗС, у случају деривативне тужбе у прилог тумачењу да у односу на тужбу из чл. 196 ЗПД није прописана искључива надлежност суда може говорити и одредба чл. 35 Правилника о садржини Регистра привредних субјеката и

<sup>1711</sup> Закон о стечају, *Службени гласник РС*, бр. 104/2009, 99/2011 – др. закон, 71/2012 – одлука УС и 83/2014, 117, 118.

<sup>1712</sup> В. Радовић (2017), 774-775; Маја Станивуковић, „Закон о стечају и арбитража“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2014, 134.

документацији потребној за регистрацију<sup>1713</sup> која прописује да се промена члана друштва врши на основу акта који је основ за пренос удела или другог правног акта, документа или исправе која представља основ за упис или промену, дакле не наводи се пресуда суда, као на пример у чл. 58 истог Правилника, што указује да би промена чланства у друштву могла бити реализована и на основу арбитражне одлуке, као исправе која представља основ за промену у регистру.

По истом основу, када је реч о другом питању може се закључити да би и покретање арбитражног поступка од стране друштва требало да се тумачи да је друштво поступило по претходном захтеву, што би деривативну тужбу чинило недозвољеном. У овом случају једино може бити спорно то што ЗПД захтева да се тужба поднесе у року од 30 дана од дана подношења претходног захтева, односно највише три месеца, уколико је реч о тужби ради искључења члана друштва са ограниченом одговорношћу, а арбитражни поступак некада се не покреће тужбом, већ захтевом за арбитражу,<sup>1714</sup> након чега тек следи подношење тужбе. Поред наведеног, поставља се питање да ли би уопште било изводљиво да се арбитражна тужба поднесе у прописаном року за одлучивање о претходном захтеву. Имајући у виду наведено, очигледно је да ЗПД није имао у виду арбитражу као један од начина решавања спорова поводом посебних дужности према друштву, иако није изричито ни забранио ту могућност.

Када је реч о пуноважности арбитражног споразума за решавање спора по деривативној тужби у српском праву (који услов по правилу може бити испуњен само уколико је реч о лицима унутар друштва), у циљу давања адекватног одговора, овој теми мора се приступити са формално правног и политичко правног аспекта. Посматрано са формално правног аспекта, потребно је правити разлику када се тужба подноси против директора, у односу на ситуацију када се тужба подноси против члана друштва. У првом случају, арбитражно решавање спора по деривативној тужби би требало дозволити само уколико је арбитражна клаузула садржана у уговору са директором, без обзира да ли је садржана у актима друштва. Наиме, имајући у виду да се код деривативне тужбе заправо ради о захтеву друштва, не би требало негирати правно дејство арбитражног споразума који је друштво

---

<sup>1713</sup> Правилник о садржини Регистра привредних субјеката и документацији потребној за регистрацију, *Службени гласник РС*, бр. 42/16.

<sup>1714</sup> ЗА, чл. 38.

закључило са директором. У супротном, уколико се пуноважност арбитражног споразума цени у односу према члановима друштва, а не самом друштву, брише се линија разграничења правног субјективитета између чланова и самог друштва, што није прихватљиво с обзиром на чињеницу да би се тада нарушили основни принципи функционисања деривативне тужбе, јер уколико се тада узме у обзир интерес чланова, онда би на исти начин требало поступити и у другим ситуацијама. Неспорно, обавезаност чланова друштва овим арбитражним споразумом треба условити обавезом да се чланови друштва обавесте о постојању арбитражног споразума.<sup>1715</sup> Са друге стране, у случају да је арбитражна клаузула садржана само у интерним актима друштва, али не и у уговору са директором, не постоји основ да се директор обавезе арбитражним споразумом, јер није имао могућност да изрази своју сагласност у односу на споразум. Управо у односу на сагласност за арбитражни споразум, постоји разлика између арбитражног споразума који је садржан само у уговору са директором и споразума који је садржан само у интерним актима друштва. Друштво је приликом закључивања уговора са директором имало могућност да изрази своју вољу по питању арбитражног споразума, што није случај са директором уколико је споразум садржан само у актима друштва. Поред наведеног, спорно је на који начин би арбитражна клаузула у интерном акту друштва уопште могла да се односи на садржину правног односа друштва и директора, када ово питање није предмет садржине аката друштва, већ уговора између директора и друштва. Са друге стране, уколико се деривативна тужба подноси против члана друштва тада би било неопходно да се арбитражна клаузула нађе у интерним актима друштва (оснивачком акту или статуту), или уговору чланова. Међутим, без обзира што би начелно било могуће уговорити арбитражу за решавање спора по деривативној тужби, посматрано са политичко правног аспекта, барем у овом тренутку не постоји потреба за арбитражним решавањем ове врсте спорова, пре свега имајући у виду да је у српском праву арбитража по правилу скупљи начин решавања спорова. Све наведено посебно долази до изражаја уколико на месту туженог треба да се нађе директор друштва. Наиме, уколико би чланови

---

<sup>1715</sup> У литератури се наводи да чак и када се арбитражни споразум налази у акту друштва, акционари због традиционалне пасивности не морају бити свесни њеног постојања. Вид. Richar G. Shell, *Arbitration and Corporate Governance*, North Carolina Law Review, Vol. 67, No. 3, 1989, доступно на адреси: <http://scholarship.law.unc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3238&context=nclr>, 04.07.2017, 549.

друштва били обавезни да спор по деривативној тужби покрену пред арбитражом, на тај начин би се уговарањем арбитражног решавања спорова због повреде фидуцијарних дужности могао постићи ефекат елиминисања имовинске одговорности, јер би трошкови поступка утицали на то да се арбитража не покрене, а са друге стране то би одмах искључивало могућност покретања поступка пред судом. Све наведено може бити проблематично, јер директори могу тенденциозно уговорати надлежност арбитраже, са надом да чланови неће бити спремни да уложе напор у вођење арбитражног поступка. У том смислу, имајући у виду специфичности српског права и друштвеног окружења, ипак би требало омогућити члановима да се изјасне о томе да ли су сагласни са конкретним арбитражним споразумом за решавање спорова који спадају у објективни домен примене деривативне тужбе, па чак и када у редовним околностима за пуноважност споразума не би била потребна сагласност чланова. То може бити постигнуто на два начина. Прво, да арбитражни споразум мора бити одобрен од стране скупштине, или да у случају постојања потребе подношења деривативне тужбе, чланови нису обавезани арбитражним споразумом, већ да по свом избору могу да одлуче да ли ће спор изнети пред суд или арбитражу.

На основу свега наведеног као крајњи закључак може се рећи да, иако начелно не постоји препрека за уговарање надлежности арбитраже за решавање спорова који могу бити предмет поступка по деривативној тужби, тренутно не постоји институционални оквир за уговарање арбитраже, који би одговарао окружењу српског права и пословне праксе, те није препоручљиво да се у овој области уговара арбитража. У одсуству посебне регулативе тренутно постојеће стање ствари пре може бити злоупотребљено, него што може дати позитивне резултате. У том погледу, док уговарање арбитраже за решавање спора по деривативној тужби не буде посебно регулисано, оправдано је да судови ускрате пуноважност арбитражног споразума у овој области (кроз прихватање сопствене надлежности). Уколико би се у пракси јавила потреба за арбитражним решавањем спорова по деривативној тужби, тада би требало посебно уредити услове за пуноважност арбитражног споразума, посебно на који начин се даје сагласност за арбитражни споразум. Такође, као логично решење се намеће да би требало дозволити само надлежност домаће арбитраже.

## ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

У уводним излагањима поменуто је да се деривативна тужба углавном схвата као један од најсложенијих института компанијског права. Анализа деривативне тужбе, како са материјално правног, тако и са процесно правног аспекта потврђује ово поимање деривативне тужбе.

Деривативна тужба се најједноставније може одредити као тужба коју подносе чланови, у своје име, а за рачун друштва и у основи представља корективни механизам компанијског права који служи заштити имовинских интереса друштва у околностима када су интереси друштва повређени од стране лица која би у првом реду требало да их штите. Имајући у виду да је заштита интереса друштва кључни елемент деривативне тужбе, квалификација деривативне тужбе као права мањинских чланова друштва или механизма корпоративног управљања у систему компанијског права није у потпуности исправна, јер интерес чланова или других субјеката не може бити примаран код структурирања законодавног уређења деривативне тужбе, као ни њене примене. У том погледу овлашћење на подношење деривативне тужбе представља део правне позиције члана друштва, а не његово субјективно право и у крајњем исходу, поред заштите интереса друштва (што је примарна функција), требало би да доприноси и заштити економских интереса чланова друштва.

Деривативна тужба, иако свакако није најважнији институт компанијског права, један је од ретких института који одражавају суштину ове гране права. Наиме, кроз уређење деривативне тужбе испољавају се темељни принципи компанијског права, што се може закључити на основу историјског развоја деривативне тужбе. Истовремено, историјски развој деривативне тужбе у поједностављеном облику приказује и историјски развој самог компанијског права. На самом почетку развоја деривативне тужбе компанијско право је тежило да у што већој мери одвоји субјективитет друштва од његових чланова, као и да очува успостављену надлежност за доношење одлука у име друштва, те су по истом обрасцу били формулисани и услови за подношење деривативне тужбе у чувеном правилу *Foss v Harbottle* (традиционално схватање деривативне тужбе). У тренутку када више није било потребе да се деривативном тужбом примарно штите основни принципи компанијског права, поставило се значајније питање, а то је шта

представља садржину правног субјективитета друштва, што подразумева и питање шта представља интерес привредног друштва, као самосталног субјекта права и која лица имају овлашћење да одлучују о томе шта је интерес друштва у сваком конкретном случају. У том смислу и уређење деривативне тужбе више није требало да служи само очувању темељних принципа компанијског права, већ је деривативна тужба требала првенствено да служи заштити легитимних интереса привредног друштва, што у одређеним околностима подразумева да тужбу не би требало поднети, без обзира што тужба има добре изгледе за успех у спору. Дакле, у односу на деривативну тужбу данас се не поставља само питање да ли тужба може бити успешна, иако то јесте и даље важно питање, већ да ли је тужба у интересу друштва, што су два потпуно одвојена питања (модерно схватање деривативне тужбе). Имајући у виду све наведено, деривативна тужба може представљати и потврду теорије о фикцији правног субјективитета друштва, јер се расправа о деривативној тужби своди на то која физичка лица унутар друштва имају право да одлуче о томе шта представља интерес једног привредног друштва, да ли је тај интерес повређен, као и да ли је потребно да се покрене судски поступак због уочене повреде интереса друштва.

Код уређења деривативне тужбе постоје три кључне области које структурирају садржину овог правног института. Прво, у којим сегментима компанијског права постоји потреба да се примењује деривативна тужба, друго којим лицима треба дати овлашћење на подношење деривативне тужбе и треће под којим условима се може употребити дато овлашћење.

а) *Области примене.* Може се рећи да је неспорно да деривативна тужба не би требало да представља општу тужбу компанијског права. Полазна тачка приликом дефинисања објективног домена примене деривативне тужбе требало би да буде идентификовање области компанијског права у којима постоји опасност да лица из унутрашње сфере компаније нанесу штету друштву, а да неће сносити одговорност, јер су управо та лица овлашћена да покрену судски поступак у име и за рачун компаније. Посматрано на овај начин неспорно је да потреба за подношењем деривативне тужбе постоји код повреде посебних дужности према друштву, али и у другим случајевима у којима српско право дозвољава примену деривативне тужбе. У том погледу упоредно правна анализа деривативне тужбе показује да је неспоран материјално правни домен примене деривативне тужбе

имовинска одговорност чланова органа управљања према друштву. По овом питању српско право се у одређеној мери разликује од општег правила, те објективни домен примене деривативне тужбе, поред посебних дужности, чине и повреда правила о ограничењима плаћања код акционарских друштава и тужба ради искључења члана друштва са ограниченом одговорношћу. У односу на повреду правила о ограничењима плаћања, на први поглед може се стећи утисак да је увођење деривативне тужбе било непотребно имајући у виду да је реч о одговорности акционара и да управа друштва применом општих правила о заступању може да покрене судски поступак ради заштите интереса друштва. Међутим, не треба заборавити да су управо акционари ти који бирају органе управљања, из ког разлога не треба очекивати да би сваки директор био слободан да покрене судски поступак против акционара који могу да утичу на његову функцију у друштву. Када је реч о искључењу члана друштва са ограниченом одговорношћу, у овом тренутку се може рећи да је проширивање објективног домена деривативне тужбе такође било оправдано, барем из практичних разлога, а вероватно и суштинских, јер присуство члана друштва са ограниченом одговорношћу за којег остали чланови сматрају да представља реметилачки фактор у друштву, свакако је проблем за који треба понудити више решења. По питању објективног домена примене деривативне тужбе у српском праву приметна је тенденција проширивања домена примене деривативне тужбе, јер је поред одговорности лица са посебним дужностима према друштву, ЗПД из 2011. године деривативна тужба најпре проширена на одговорност акционара за повраћај недозвољених плаћања, а изменама ЗПД из 2018. године и на тужбу ради искључења члана из друштва са ограниченом одговорношћу. С обзиром на околност да се деривативна тужба не примењује у пракси, донекле изненађује потреба законодавца да проширује објективни домен примене деривативне тужбе.

Имајући у виду наведено потребно је указати да објективни домен примене деривативне тужбе до сада није био предмет значајнијег интересовања, те се теорија углавном не бави питањем потребе проширивања објективног домена примене деривативне тужбе и на друге сегменте компанијског права, вероватно јер се сматра да је традиционалан приступ (везивање само за одговорност управе) сасвим одговарајући. Ипак, када је реч о српском праву у неком наредном периоду могло би се размотрити додатно проширивање домена примене деривативне тужбе пре свега како би се постигла јединствена регулатива. У том погледу, деривативна тужба се



најпре може односити на све случајеве имовинске одговорности директора према друштву (што поред повреде посебних дужности, укључује и прекорачење овлашћења за заступање и правила о ограничењу располагања имовином велике вредности), јер некада није могуће разликовати дозвољени од недозвољеног објективног домена примене деривативне тужбе, што узрокује пре свега проблеме процесно правне природе. Поред наведеног, када је реч о повреди правила о ограничењима плаћања, може се размотрити да ли има потребе да се примена деривативне тужбе у овом случају прошири и на друштво са ограниченом одговорношћу. Поред наведеног, могло би се размотрити да ли има потребе да се деривативна тужба уведе и у односу на тужбу која се подноси против стицаоца и преносиоца удела поводом обавеза према друштву насталих у вези са улогом до тренутка преноса (чл. 49 ЗПД) и тужбу ради заштите права друштва код повреде правила о располагању имовином велике вредности (чл. 472 ЗПД), код којих закон такође дозвољава члановима друштва да штите интересе друштва, али без обавезе подношења претходног захтева, дакле не у форми деривативне тужбе.

б) *Лица овлашћења на подношење тужбе.* Расправа о лицима овлашћеним за подношење тужбе представља централно питање код уређења деривативне тужбе, којем литература посвећује доста пажње. Полазећи од основног проблема који је представљао повод за настанак деривативне тужбе, а то је да повреда интереса друштва не остане без судске заштите, круг активно легитимисаних лица код деривативне тужбе би требало одредити на начин да се право на подношење тужбе измести из надлежности лица која могу да се нађу на месту туженог. По овом питању већинско је мишљење да би право на подношење деривативне тужбе требало да имају појединачни чланови друштва, а не скупштина или орган управе. Постоје практични, али и суштински разлози који у овом случају дају предност индивидуалним члановима друштва. Разлози практичне природе се односе на проблем функционисања колективног органа друштва, а када је реч о скупштини друштва и могућност побијања одлуке о покретању поступка, што све може негативно утицати на процес подношења тужбе и сам ток поступка по тужби. Разлози суштинске природе указују да је контролу (која би се испољила у виду утицаја да се поступак не покрене) много лакше успоставити у односу на колективно тело, него у односу на сваког појединачног члана друштва. Поред чланова друштва, најозбиљнији конкуренти за давање овлашћења на подношење

деривативне тужбе су неспорно повериоци друштва. Међутим, уколико се друштво не налази у финансијским тешкоћама, повериоцима би требало дати право на подношење деривативне тужбе само уколико би било могуће формулисати непосредно дејство ефекта поступка по деривативној тужби на правни положај повериоца. Наиме, за разлику од чланова друштва који једини имају статус резидуалних поверилаца, стварни повериоци немају интерес да се имовина друштва безгранично увећава, већ пре свега имају интерес да намире своје потраживање у складу са садржином облигационог односа са друштвом. Неспорно, одређени број поверилаца може имати интерес да друштво добро послује, не само да би наплатио своје потраживање, већ и да би у будућности имали пословног сарадника, али то није довољан основ да би повериоци могли да утичу на правну сферу свог пословног сарадника. Успостављање непосредног дејства поступка по деривативној тужби који за предмет има новчани захтев на правни положај повериоца је веома отежано, ако не и немогуће формулисати, из ког разлога се не види на који начин деривативна тужба у овом случају може имати значаја за повериоце. Наиме, уколико би се успоставило право приоритетног намирења поверилаца од користи остварене у поступку, на тај начин би се нарушио сам концепт деривативне тужбе и донекле субјективитет друштва. Околности могу бити другачије када је реч о неновчаним захтевима, када је неспорно да пресуда може имати ефекте на повериоце само преко субјективитета друштва или уколико се друштво налази у стечају, јер стечајно право већ познаје врсте тужби у којима изостаје непосредно дејство донете пресуде на правни положај повериоца, али због посебног положаја друштва у стечају, ипак имају значај за повериоце. Поред наведеног, када се друштво налази у стечајном поступку, деривативна тужба може бити значајно средство дисциплиновања стечајног управника, јер за сада не постоје ефикасни приватно правни механизми за санкционисање штете коју стечајни управник може проузроковати стечајном дужнику, односно стечајној маси. Међутим, када је реч о повериоцима друштва постоји један значајан аргумент који се може истаћи против давања овог права повериоцима, а то је да деривативна тужба тада не би представљала корективни механизам компанијског права у контексту превазилажења проблема у изражавању правно релевантне воље друштва, а што је примарна сврха и основ настанка деривативне тужбе. Такође, потребно је указати да у оквиру теме о субјективним границама примене деривативне тужбе посебно место има примена деривативне

тужбе код друштава лица и у оквиру групе друштава, у ком случају постоје ограничене потребе за применом деривативне тужбе, те би у неком наредном периоду требало ослушкивати праксу да ли у српском праву има потребе за проширивање овог сегмента деривативне тужбе. Када је реч о вишеструкој деривативној тужби, већ сада чини се да би тужбу требало дозволити код друштава која су повезана капиталом, уколико је реч о потпуно зависним друштвима или већинском власништву у зависном друштву.

ц) *Услови за подношење тужбе.* Иако није спорно да чланови друштва треба да имају право на подношење деривативне тужбе, у већини права је спорно под којим условима члановима треба дати ово право. Тада долазе до изражаја схватања о деривативној тужби, њеној сврси и легитимитету. Када се јави потреба подношења деривативне тужбе, као прво се поставља питање коју корист друштво може имати од успешног окончања поступка по тужби. Деривативна тужба има репресивну (основна) и превентивну (додатна) функцију, те уколико се успешним окончањем поступка може остварити њена основна функција, интерес друштва за подношење деривативне тужбе не би требало да је споран. Међутим, то не мора увек бити случај, јер некада поступак по деривативној тужби, иако може довести до успостављања имовинске равнотеже друштва, на неком другом плану може проузроковати негативне последице. Имајући у виду тежину изнете дилеме, обично се сматра да чланови друштва, посебно уколико имају мали проценат удела у друштву, нису лица која могу најбоље да оцене да ли је тужба у интересу друштва, а при свему томе по правилу и не располажу потребним информацијама, због чега већина права прописује одређене услове које чланови друштва морају да испуне да би имали право на подношење тужбе. Сви услови за подношење деривативне тужбе се могу поделити у две групе. Прва група услова се односи на објективне критеријуме које члан друштва мора да испуни да би имао статус тужиоца код деривативне тужбе. Ови критеријуми се дефинишу по принципу необориве правне претпоставке, јер се за чланове који испуњавају задате критеријуме претпоставља да имају довољну меру интереса у друштву, односно неспоран легитимитет за подношење тужбе. Друга група услова се односи на субјективне критеријуме, чије се постојање утврђује путем унапред дефинисаних механизма, а чијом применом би у крајњем исходу требало да се утврди да ли је деривативна тужба у интересу друштва. Субјективни механизми данас се сматрају кључним сегментом

законодавног уређења поступка по деривативној тужби. Како ће бити објашњено у наредним излагањима, српско право тренутно нема овај механизам, из кога разлога је тренутно уређење деривативне тужбе донекле изоставило суштину саме деривативне тужбе која постоји у упоредном праву. У оба случаја до формирања услова за подношење деривативне тужбе долази услед спорног легитимитета чланова друштва за подношење деривативне тужбе. Савремено право познаје два најзначајнија услова објективне природе, а то су капитал цензус и претходни захтев. Капитал цензус, који је карактеристичан за европска права, иако има формално оправдање, а то је да право на подношење тужбе ипак буде доступно само члановима који имају одређену меру интереса у друштву, нема суштински значај, јер се никада не може установити који је конкретно капитал цензус потребан како би се обезбедио оптималан број тужби у пракси. На пример, због чега право на подношење деривативне тужбе може имати члан који поседује 5% удела у друштву, а исто право не може имати члан који има 4,9% удела. Са друге стране, претходни захтев је много значајнији услов за подношење деривативне тужбе, јер даје прилику друштву да се изјасни о потреби подношења тужбе, али исто тако уколико одлука буде негативна, постоје критеријуми на основу којих је могуће да суд испита да ли је негативна одлука о претходном захтеву исправна или не. Осим претходног захтева, који се подноси друштву, испитивање да ли је тужба у интересу друштва може бити у директној надлежности суда, без посредовања органа друштва. Међутим, у оба случаја заједничко је то да постоји механизам који служи утврђивању чињенице да ли је тужба у интересу друштва. Постојање механизма којим се испитује интерес друштва за подношење тужбе је у великој мери значајан за једну важну тему код деривативне тужбе, а то су правила о трошковима поступка, јер када постоји легитиман интерес друштва за вођење поступка по тужби, тада није тешко ни оправдати одступање од општих правила и пребацивање терета трошкова поступка са чланова на друштво. Уколико не постоји механизам претходног испитивања деривативне тужбе, са аспекта целисходности, тада је измену општих правила о трошковима поступка тешко оправдати и тада се долази до исхода да задржавање општег режима о трошковима поступка може утицати да чланови друштва одустану од идеје подношења тужбе.

Поред наведених тема које по својој природи представљају сегмент материјално правног уређења деривативне тужбе, потребно је указати да је

деривативна тужба, барем када је реч о српском праву, неоправдано занемарена од стране теорије процесног права. У том погледу потребно је подсетити да је деривативна тужба настала на основу темеља процесног, а не материјалног права. Такође, специфична природа деривативне тужбе захтева посебна правила парничног поступка, без којих деривативна тужба не може у потпуности функционисати (на пример, правила о дејству пресуде донете у поступку, посебна правила о постојању двоструке литиспенденције, дозвољеност предузимања радњи којима се располаже тужбеним захтевом).

На крају, потребно је поменути да у упоредној литератури, а посебно америчкој постоји још једна тема која је неизоставна када је реч о деривативној тужби, а то је утицај адвоката на одлуку чланова друштва да покрену поступак по деривативној тужби, а касније и утицај на одвијање поступка. Наиме, опште је мишљење да је велики број деривативних тужби у америчкој пракси последица предузетничког духа адвоката који стално разматрају где има основа за подношење тужбе, а затим контактирају чланове друштва који само формално имају статус тужиоца у поступку, док су иницијатива и одлуке о управљању поступку заправо на њиховим пуномоћницима. Међутим, ова тема није применљива у српском окружењу, из ког разлога није посебно анализирана.

Када је реч о српском праву, деривативна тужба, као и у другим европским правима представља правни трансплант. Међутим, без обзира на наведено сам концепт деривативне тужбе није у потпуности стран српском праву. Наиме, у и српском праву потреба постојања деривативне тужбе се заснива на специфичној природи правног субјективитета привредног друштва и концепту чланова друштва као резидуалних повериоца, који статус им омогућава да штите интересе друштва, а да при томе за оправдавање права на подношење тужбе није неопходно успоставити директну везу између имовине чланова друштва и успешно окончаног поступка по деривативној тужби, јер чланови имају право да присвоје сав вишак имовинске вредности која се створи у друштву. Наведено објашњење додатно потврђује због чега право на подношење деривативне тужбе треба да имају само чланови друштва, а не стварни повериоци или друга лица.

Имајући у виду наведено као нужно поставља се питање, из ког разлога деривативна тужба није заживела у српском праву више од две деценије након њеног увођења. Обично се сматра да су узрок томе правила о трошковима поступка,

међутим то није исправно схватање. Наиме, постојали су и други правни транспланти у сфери компанијског права који су било знатно егзотичнији од деривативне тужбе, али који су ипак заживели у пракси. Темељ неуспешности деривативне тужбе у српском праву се свакако налази у ЗП 1996, који је увео деривативну тужбу без озбиљне анализе овог института. Није познато да ли је деривативна тужба била уведена по угледу на америчко право или европска права. Међутим, имајући у виду да у време када је деривативна тужба уведена у српско право, ова тужба није била заступљена у европским државама, требало би да је деривативна тужба у српско право уведена по угледу на америчко, јер преузимање правила из држава у којима се оно не примењује не би имало довољно оправдање. Поред наведеног, осим што нису постојали јасни циљеви који су се желели постићи увођењем деривативне тужбе, сама тужба је била потпуно непримерена тадашњем привредном окружењу, јер нису постојали приватни власници капитала који би могли бити заинтересовани за подношење тужбе (при чему је било спорно у којим животним ситуацијама се тужба уопште може поднети, пошто је и лична одговорност органа управљања била такође нов концепт). На тај начин се дошло до исхода да се деривативна тужба фактички заборави и требаће озбиљни напори да се она афирмише као институт компанијског права. Међутим, околности се нису значајно промениле ни доношењем ЗПД 2004, када је деривативна тужба везивана искључиво за посебне дужности према друштву и када је успостављено јединство материјално правног и процесног основа одговорности управе према друштву. У овом случају корен проблема је неразумевање материјалног домена примене деривативне тужбе. Посебне дужности, а посебно дужност пажње на неки начин су у сукобу са традиционалним институтима облигационог и уопште грађанског права европско континенталне правне традиције. Имајући у виду наведено, ни потенцијалним тужиоцима директне или деривативне тужбе, а касније ни судијама није био јасан концепт посебних дужности, што се показало у првим поступцима који су се бавили овим институтима компанијског права. Након четрнаест година по увођењу посебних дужности, у српском праву и даље не постоји велики број поступака који се баве овим питањима. Дакле, не само да не постоје деривативне тужбе, већ је веома мали број и директних тужби које се односе на посебне дужности, али се мора признати да их је знатно више у односу на деривативне тужбе. Све наведено је додатно допринело да се деривативна тужба потпуно

скрајне. Поред наведеног, потребно је указати да наша пословна пракса нема поверење у институт одговорности директора, јер увек када се постави питање одговорности, као следеће долази питање коју корист друштво може имати од поступка. Међутим, треба веровати да ће у неком наредном периоду посебне дужности заживети као важан институт компанијског права. У том погледу, заједно са развојем материјалног домена примене деривативне тужбе, сигурно је да ће доћи време када ће постојати потреба праксе и за применом деривативне тужбе. По овом питању треба подсетити на јапанско искуство, где се дужност лојалности није примењивала неколико деценија по увођењу, а у српском праву посебне дужности постоје „тек“ нешто више од деценије. У наредном периоду прилика за афирмацију деривативне тужбе је тужба ради искључења члана друштва са ограниченом одговорношћу, за којом неспорно постоји потреба праксе. Поред свих наведених потешкоћа, сигурно је да потенцијални тужиоци нису ни стигли да се баве питањем ко сноси трошкове поступка.

Дакле, привредно окружење (које подразумева недовољно освешћене и информисане чланове друштва), специфичан домен примене, а тек на крају правила о трошковима поступка представљају разлоге због којих се деривативна тужба не примењује довољно у пракси. На тај начин се долази до закључка да потреба за подношењем деривативне тужбе може настати тек у околностима када привредно окружење и објективни домен примене деривативне тужбе буду достигли одређен степен развоја у српском праву. Имајући у виду наведено, до тада би у српском праву требало постићи адекватно уређење деривативне тужбе, које ће одражавати суштину овог института, што укључује и правила о трошковима поступка, о чему ће бити речи у наредним излагањима.

На крају, потребно је указати да није могуће постићи идеално уређење деривативне тужбе, јер увек постоји могућност да правила којима се уређује деривативна тужба буду структурирана на начин да тужби буде превише или премало. У том погледу долази се до закључка да свако право дефинише свој однос према деривативној тужби. Данас када се говори о деривативној тужби постоје потпуно различита мишљења, те једни кажу да деривативна тужба представља најзначајнији механизам изједначавања интереса управе и чланова друштва (механизам корпоративног управљања), док други сматрају да деривативна тужба, не само да не може решити сукоб интереса унутар друштва, већ некада сама

представља uzрок новог сукоба. Међутим, без обзира на претходно наведено, као и све друге проблеме који се везују за деривативну тужбу, од деривативне тужбе не треба одустати, јер до сада компанијско право није формирало институт који би могао да представља супститут деривативној тужби. Без постојања деривативне тужбе сва лица чија одговорност може бити санкционисана овом тужбом, била би значајно комфорнија у кршењу својих дужности према друштву, али неспорно деривативна тужба не треба да буде ни механизам помоћу кога се може испитивати свака одлука органа друштва.



## ОЦЕНА ПОСТОЈЕЋЕ РЕГУЛАТИВЕ И ПРЕДЛОЗИ *DE LEGE FERENDA*

Оцену постојеће регулативе деривативне тужбе у српском праву неопходно је дати засебно у односу на материјално правно и процесно правно уређење.

У том погледу, на самом почетку је потребно констатовати да процесно правно уређење деривативне тужбе не само да није одговарајуће, већ фактички не постоји, јер ЗПД није уредио веома значајна питања која се могу појавити у поступку по деривативној тужби и без којих је функционисање деривативне тужбе веома упитно. Са друге стране, ЗПД садржи посебна правила о институту умешача код деривативне тужбе, без којих деривативна тужба сигурно може функционисати у пракси. Имајући у виду наведено, неопходно је да се у наредним изменама закона уреде, ако не сва, онда барем најзначајнија процесно правна питања, односно посебна правила поступка по деривативној тужби која представљају претпоставку за добро функционисање овог института у пракси. У сегмент процесно правног уређења деривативне тужбе на првом месту спадају правила парничног поступка, а затим и дефинисање активне легитимације за покретање извршног поступка и дефинисање односа деривативне тужбе и стечајног поступка и арбитраже. Сва наведена питања тренутно представљају правну празнину у српском праву и већину није могуће решити постојећим одредбама закона, што све указује да би примена деривативне тужбе била веома упитна, све и да постоји спремност тужилаца да подносе тужбе, из ког разлога је неопходно што пре отклонити уочене недостатке и правне празнине.

Када је реч о материјално правним одредбама уређења деривативне тужбе (услови за подношење тужбе), као општи закључак се може рећи да уређење такође није одговарајуће, али да околности нису толико проблематичне, као што је случај са процесно правним уређењем. Најпре када је реч о капитал цензусу, није јасно на основу којих критеријума се законодавац определио за износ од 5%. Како је било наведено, овај проценат сигурно није одговарајући за акционарска друштва, јер према тренутно постојећој структури власништва акционарских друштва само 1% акционара физичких лица би испунио овај услов за подношење деривативне тужбе, док структура акционара правних лица није позната. Са друге стране, капитал цензус од 5% код друштава са ограниченом одговорношћу може бити сувише низак, јер у пракси не постоји велики број ових друштава у којима постоји десет или више

чланова. У том погледу, препорука је да се приликом наредних измена закона преиспита постојећи капитал цензус за подношење деривативне тужбе, при чему би посебно требало размотрити могућност да се пропишу различити проценти код друштва са ограниченом одговорношћу и акционарског друштва.

Управо тешкоће при дефинисању капитал цензуса као услова за подношење деривативне тужбе указују да би тежиште уређења услова за подношење деривативне тужбе требало да буде на страни претходног захтева. У том смислу, капитал цензус би само прелиминарно требало да представља механизам који би спречио подношење непотребних тужби, док би кључну улогу по овом питању требало да има претходни захтев.

Међутим, уређење претходног захтева као услова за подношење деривативне тужбе у српском праву је потпуно омашило суштину овог сегмента уређења деривативне тужбе. У српском праву претходни захтев је сведен на пуку формалност, а што се може закључити на основу веома кратког рока у оквиру којег друштво има могућност да донесе одлуку о претходном захтеву, а посебно на основу чињенице да разлози који су довели до одбијања претходног захтева нису релевантни и не могу спречити подношење деривативне тужбе. Општи утисак који се стиче након анализе уређења претходног захтева у српском праву јесте да је законодавац уређење засновао на претпоставци да је свака деривативна тужба основана и потребна друштву, што неспорно није случај. Тако, на пример, може се догодити да се друштво одрекло захтева за накнаду штете према директору друштва и да је по том основу одбијен претходни захтев, али да упркос томе деривативна тужба ипак буде поднета. Адекватно уређење претходног захтева, као услова за подношење деривативне тужбе подразумева да некада подношење захтева није потребно, али истовремено и да негативна одлука о претходном захтеву, уколико је исправна, може спречити подношење деривативне тужбе. Основни предуслов за функционисање претходног захтева на начин како је наведено јесте увођење надлежности суда за одлучивање о целисходности деривативне тужбе. Другим речима, да би претходни захтев као услов за подношење деривативне тужбе могао да представља механизам за филтрирање непотребних тужби, неопходно је да постоји надлежност суда за преиспитивање одлука друштва које су донете у вези са претходним захтевом. Када се неадекватност уређења претходног захтева у српском праву посматра са овог аспекта, онда се може рећи да тренутно уређење претходног

захтева у српском праву можда и није у тој мери неодговарајуће. Наиме, неспорно је да претходни захтев није уређен на начин на који би требало, посматрано из угла америчког права, али је претходни захтев уређен адекватно из угла српског права. До овог закључка се долази на основу чињенице да, барем за сада, у српском праву надлежност суда у поступку по деривативној тужби не би требало проширивати и на одлучивање о целисходности тужбе. Ипак, аргумент да судови можда не би били способни да се упусте у одлучивање о томе да ли је деривативна тужба у интересу друштва не може трајно бити истицан, те у једном тренутку српско право надлежност суда мора проширити и на ово питање, међутим то не би требало да се догоди и скорије време, док институти компанијског права који представљају материјални домен примене деривативне тужбе, као и сама тужба не заживе у пракси. Након што судови буду стекли искуства са овим питањима, биће неопходно изменити уређење претходног захтева на начин да суд уколико сматра да је негативна одлука о претходном захтеву исправна, по том основу може одбацити деривативну тужбу, при чему би онда било потребно размотрити да ли има потребе да се пропишу изузеци од обавезе подношења претходног захтева. Алтернатива свему наведеном може бити прихватање енглеског или немачког модела, у коме суд самостално може да процењује да ли треба дозволити наставак поступка по деривативној тужби. Ипак, амерички модел чини се прихватљивијим, јер се акценат ставља на друштво да оно пронађе аргументе за и против деривативне тужбе, а који би касније били само објективно процењени од стране суда. У оквиру енглеског или немачког модела на суду је већа одговорност да самостално утврди да ли је тужба у интересу друштва или није.

Осим по питању правног дејства претходног захтева, тренутно уређење овог сегмента деривативне тужбе је неодговарајуће и по питању органа надлежног за одлучивање о претходном захтеву, форме и садржине претходног захтева и рока у којем друштво може да се изјасни о претходном захтеву.

Поред наведеног, субјективни рок за подношење деривативне тужбе није одговарајући јер је прилично кратак. Ово својство рока за подношење деривативне тужбе нарочито долази до изражаја уколико чланови друштва морају да покрену ванпарнични поступак како би прибавили потребну документацију од друштва за потребе покретања судског поступка.

На крају, правила о трошковима поступка нису адекватно уређена, јер би

члану друштва који је тужбу поднео у доброј вери требало дати право да од друштва захтева надокнаду трошкова, без обзира на успех у спору.

Имајући у виду све наведено у контексту изложене анализе деривативне тужбе и критике постојећих решења, те приступа упоредног права, могуће је формулисати следеће препоруке за измене института деривативне тужбе у српском праву:

а) *Материјално правно уређење*

- Продужити субјективни рок за подношење деривативне тужбе због повреде посебних дужности према друштву и искључења члана друштва са ограниченом одговорношћу, са шест месеци на минимум годину дана.
- Прописати ком органу друштва се подноси претходни захтев. Препорука је да то буде орган који има овлашћење да поднесе директну тужбу.
- Детаљније уредити форму и садржину претходног захтева, као и начин достављања. Препорука је да се дозволи подношење претходног захтева путем електронске поште на адресу друштва и/или адресу електронске поште коју су чланови доставили друштву, односно коју чланови органа користе приликом обављања функције у друштву. У погледу садржине, препорука је да се захтева означавање подносиоца, органа којем се упућује, захтев који се истиче, односно шта би друштво требало да захтева у форми директне тужбе и чињенично образложење захтева. Уколико се претходни захтев доставља инокосним органима управе, претходни захтев је потребно доставити индивидуално сваком директору на адресу седишта друштва. Уколико се претходни захтев доставља колективним органима друштва, претходни захтев би требало доставити на адресу друштва са назнаком органа којем се доставља, а по избору тужиоца и индивидуално свим члановима органа, уз сходну примену правила о достављању позива и материјала за седницу органа. Рок за одлучивање о претходном захтеву би требало рачунати од датума достављања претходног захтева на адресу друштва.
- Потребно је посебно уредити претходни захтев у случају деривативне тужбе против ликвидационог управника, те уколико се деривативна тужба подноси против јединог ликвидационог управника, требало би прописати да подношење

претходног захтева није обавезно. Такође, у случају да друштво престане да постоји услед спровођења поступка ликвидације за време трајања парничног поступка по тужби, требало би дозволити да тужиоци могу да наставе поступак, у своје име и свој рачун, али и рачун свих осталих чланова.

- Прописати дужи рок за одлучивање о претходном захтеву у случају тужбе због повреде посебних дужности према друштву и повреде правила о ограничењима плаћања на минимум два месеца.
- Прописати да деривативну тужбу могу поднети један или више чланова, који самостално или заједно поседују захтевани капитал цензус (ово из разлога јер примена процесног права може указивати на супротан закључак).
- У случају сувласништва над акцијама и уделима, потребно је прописати да ли је за израчунавање капитал цензуса потребна сагласност већине или свих сувласника. Препорука је да се захтева сагласност већине сувласника.
- У случају посредног држања акција, право на подношење деривативне тужбе би требало дозволити и стварном акционару.
- Деривативну тужбу треба дозволити код друштава лица, уколико је уговором чланова право на заступање друштва дато само појединим члановима друштва. У овом случају право на подношење деривативне тужбе би требало да има сваки члан друштва који није овлашћен за заступање. Истовремено, потребно је посебно регулисати однос деривативне тужбе и поступка промене правне форме, првенствено у случају када долази до промене на релацији друштво капитала – друштво лица, у ком случају би требало задржати овлашћење чланова друштва на подношење деривативне тужбе, уколико би промена правне форме утицала на могућност подношења тужбе.
- Увести вишеструку деривативну тужбу у случају када матично друштво има 100% или више од 50% капитала у зависном друштву. Увођење вишеструке деривативне тужбе би нужно захтевало и измену правила о праву чланова на информисање унутар групе.
- Изједначити материјални домен примене тужбе. У овом случају објективни домен примене деривативне тужбе би требало проширити на све случајеве имовинске одговорности чланова управе и евентуално и на одговорност чланова

друштва са ограниченом одговорношћу због кршења правила о ограничењима плаћања. Посебно, уколико се јави потреба, објективни домен примене деривативне тужбе би се могао проширити и на тужбу која се подноси против стицаоца и преносиоца удела поводом обавеза према друштву насталих у вези са улогом до тренутка преноса (чл. 49 ЗПД) и тужбу ради заштите права друштва код повреде правила о располагању имовином велике вредности (чл. 472 ЗПД).

- Прописати право тужиоца да може од друштва захтевати надокнаду трошкова поступка, независно од исхода поступка, уколико тужилац није знао, нити могао знати за чињенице које би указивале да је тужба неоснована, или да није потребно њено подношење. У овом случају, трошкови које би члан могао да потражује од друштва би се одређивали у висини трошкова који су досуђени или могли бити досуђени пресудом парничног суда, у зависности од тога да ли је спор успешно или неуспешно окончан посматрано у односу на тужиоца. Такође, требало би дозволити да чланови друштва могу у актима друштва терет трошкова поступка по деривативној тужби у потпуности пребацити на друштво. У неком наредном периоду могло би се размотрити увођење додатних права чланова друштва у виду могућности наплате од друштва стварних, а не само досуђених трошкова, посебно уколико је поступак успешно окончан и евентуално супсидијарну одговорност друштва за досуђене трошкове који не могу бити наплаћени од туженог, као и могућност да чланови друштва било које од посебних правила о трошковима поступка могу да искључе оснивачким актом или статутом, односно да уговоре општи режим из ЗПП.
- Уколико потребе праксе захтевају, увести могућност подношења деривативне тужбе против стечајног управника.
- У оквиру правила о правима чланова друштва да остваре увид у документацију друштва, требало би прописати изузетак на начин да прибављена документација и подаци могу бити употребљени у поступку по деривативној тужби, иако ова сврха није наведена у захтеву који је поднет друштву.
- Требало би размотрити да ли у случају покретања кривичног поступка против директора, чланови друштва имовинско правни захтев друштва, уколико се остварује у парничном поступку, могу да истакну у форми деривативне тужбе.

- На крају, у будућности би требало пратити развој института компанијског права у сфери објективног домена примене деривативне тужбе у судској пракси, а како би се оценио адекватан тренутак за увођење надлежности суда за одлучивање о целисходности деривативне тужбе и по том основу реформисање института претходног захтева у контексту претходно дате анализе.

*б) Процесно правно уређење*

Препорука је да законом буде прописано да:

- Тужилац којем је након подношења деривативне тужбе престало својство у друштву по основу сингуларне сукцесије, задржава процесну легитимацију и по том основу тужба не може бити одбачена, при чему, уколико не дође до промене тужиоца, пресуда донета у поступку има дејство и на новог члана друштва. Исто правило би требало применити и у случају да тужилац отуђи део власништва над друштвом, уколико након тога више не би испуњавао капитал цензус за подношење тужбе. Поред наведеног, идентично решење може бити прихваћено и за случај када након подношења деривативне тужбе друштво отуђи право које је предмет спора, а како би се спречиле злоупотребе у контексту недозвољеног утицаја на деривативну тужбу. У односу на случај када дође до промене дужника након подношења деривативне тужбе, требало би прописати да за промену дужника није потребна сагласност туженог и/или вратити правило да се пресуда донета у поступку односи и на стицаоца.
- Пресуда донета у поступку по деривативној тужби делује према странкама у поступку, друштву и свим члановима.
- Прописати посебно правило о забрани двоструке литиспенденције, на начин да субјективни идентитет тужиоца не буде услов за примену правила, већ само идентитет предмета спора и субјективни идентитет туженог.
- За предузимање парничних радњи којима се располаже тужбом или тужбеним захтевом потребна је сагласност друштва и/или одобрење суда.
- Противтужба у поступку по деривативној тужби је дозвољена само уколико се односи на питања од којих зависи право на вођење спора.

- Објективно преиначење деривативне тужбе није дозвољено уколико се тиме битно одступа од садржине претходног захтева и суд по том основу може да не дозволи преиначење тужбе, без обзира на пристанак туженог. Субјективно преиначење деривативне тужбе није дозвољено.
- Дефинисати активну легитимацију за покретање извршног поступка по пресуди донетој у поступку по деривативној тужби. Препорука је да право на покретање извршног поступка имају чланови који су водили поступак по деривативној тужби, укључујући и њихове сингуларне и универзалне правне следбенике (одступање од начела формалног легалитета), а евентуално и други чланови друштва, а евентуално и друштво непосредно. Додатно, требало би размотрити да ли има потребе за увођењем посебне врсте привремене мере у поступку по деривативној тужби, аналогно привременој мери која је прописана код тужбе за искључење члана друштва са ограниченом одговорношћу.
- У деривативној тужби мора бити наведен правни основ тужбе.
- Друштво је обавезно да, по избору тужиоца, сноси трошкове извођења доказа, који могу бити принудно наплаћени од стране суда, уз евентуалну обавезу члана да износ тих трошкова надокнади друштву уколико је знао, или могао знати за чињенице које би указивале да је тужба неоснована, или да није потребно њено подношење, односно конкретна парнична радња.
- Уколико се у будућности јави потреба, могуће је увести посебно рочиште за испитивање постојања и одлучивање о процесним претпоставкама за подношење деривативне тужбе.
- Потребно је регулисати однос деривативне и директне тужбе, у контексту права друштва да након подношења деривативне тужбе поднесе директну тужбу по истом основу, а које правило би утицало на потребу одбацивања једне од две наведене тужбе. У зависности од тога која тужба има приоритет, друштву, односно члану друштва би требало омогућити да ступи у поступак у својству умешача на страни тужиоца у поступку по тужби која је опстала. Препорука је да се у овом тренутку предност да деривативној тужби, уз могућност да друштво учествује у поступку у својству у умешача.
- Могуће је увести посебан основ за застој поступка, уколико је тужилац покренуо



ванпарнични поступак у складу са одредбама ЗПД, ради прибављања документације од стране друштва. Уколико је суд захтевао достављање документације од стране друштва у току парничног поступка, а друштво не достави захтевану документацију, насталу ситуацију би требало решити посебним правилом о терету доказивања, уколико суд оцени да је недостављање документације последица утицаја туженог или са њим повезаног лица.

- Евентуално, може се размотрити увођење посебних основа искључења јавности у поступку по деривативној тужби, а како би се обезбедила заштита поверљивих информација о пословању друштва.
- Алтернатива увођењу појединих посебних правила у поступку по деривативној тужби може бити укључивање друштва у поступак у својству странке, односно тужиоца, кога би по самом закону заступали чланови који испуњавају законом прописане услове, који би самостално имали статус тужиоца, али и статус законског заступника друштва.
- Потребно је изједначити утицај отварања стечајног поступка на покренуте поступке по деривативној тужби и право на подношење тужбе, на начин да чланови друштва или повериоци могу поднети деривативну тужбу и након отварања стечајног поступка, уколико је основ тужбе настао раније; или уколико се прихвати правило да отварање стечајног поступка доводи до престанка овлашћења на подношење деривативне тужбе, увести обавезу стечајног управника да преузме поступак по деривативној тужби, односно покрене поступак који је пре стечаја могао бити покренут по деривативној тужби.
- У наредном периоду требало би пратити потребе праксе за арбитражним решавањем спора по деривативној тужби, те у случају да потреба постоји посебно регулисати услове за пуноважност арбитражног споразума, у погледу документа у коме мора бити садржан (оснивачки акт, статут или појединачни уговор), а у зависности од субјективног домена туженог. Препорука је да када је реч о арбитражној клаузули која се налази у уговору са директором друштва, а њоме се обухвата имовинска одговорност према друштву, пуноважност арбитражног споразума треба условити одобрењем скупштине друштва. У односу на спорове између чланова друштва, пуноважност арбитражног споразума треба условити тиме да чини саставни део оснивачког акта или

статута, при чему је потребна сагласност свих чланова за пуноважност споразума. У случају промене члана, арбитражна клаузула би обавезивала и новог члана, уз могућност да скупштина друштва изузме дејство арбитражног споразума на новог члана. Требало би захтевати да је могуће уговорити надлежност само домаће арбитраже.

На крају, потребно је указати да је сигурно да сви наведени предлози не могу истовремено бити усвојени, нити вероватно представљају коначан или адекватан списак решења за све спорне правне ситуације које могу настати у поступку по деривативној тужби. Отуда за почетак би требало прихватити предлоге који су најпотребнији и најмање инвазивни у односу на постојећа правила (пре свега из домена процесно правног уређења и правила о трошковима поступка), а након тога би требало пратити потребе праксе и даље унапређивати законодавни оквир деривативне тужбе у српском праву.

## ЛИТЕРАТУРА

### *Домаћа литература*

- Зоран Арсић, „Стицање и располагање имовином велике вредности акционарског друштва“, у: Мирко Васиљевић, Вук Радовић (ур.), *Корпоративно управљање (други део) – зборник радова*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2009;
- Бранка Бабовић, „О увођењу групне тужбе англосаксонског типа у права држава чланица ЕУ“, *Право и привреда* 4-6/2017;
- Бранка Бабовић „О дискрепанци између стварне и процесне легитимације код организационих тужби“, *Српска политичка мисао* 4/2015;
- Никола Бодирога, *Нови извршни поступак*, Београд 2017;
- Мирко Васиљевић, *Компанијско право – право привредних друштава*, Правни факултет Универзитета у Београду 2013<sup>8</sup>;
- Мирко Васиљевић, *Корпоративно управљање – изабране теме*, Удружење правника у привреди Републике Србије, Београд 2013;
- Мирко Васиљевић, „Грађанско право и business judgement rule“, у: Вук Радовић (ур.) *Усклађивање пословног права Србије са правом Европске Уније*, Правни факултет Универзитета у Београду 2011;
- Мирко Васиљевић, Вук Радовић, Татјана Јевремовић Петровић, *Компанијско право Европске уније*, Правни факултет Универзитета у Београду 2014;
- Мирко Васиљевић, *Трговинско право*, Правни факултет Универзитета у Београду 2009;
- Мирко Васиљевић, „Arbitrability Ratione Materiae in Company Law“, *Зборник реферата – Преобликовање граница арбитрабилности: да ли напредујемо? Међународна конференција 6-7. октобар 2017. године*, Стална арбитража при Привредној комори Србије 2017;

- Мирко Васиљевић, „Привреда и правни режим неких права мањинских акционара – јединство интереса или јединство супротности“, у: Вук Радовић (ур.) *Усклађивање пословног права Србије са правом Европске Уније*, Правни факултет Универзитета у Београду 2016;
- Јована Величковић, *Накнада штете привредном друштву проузрокована радом органа управе*, Правни факултет Универзитета у Београду 2013;
- Јована Величковић, „Механизми решавања спорова између чланова привредног друштва у случају блокаде одлучивања“, *Право и привреда* 4-6/2016;
- Владимир В. Водинелић, *Грађанско право – Увод у грађанско право и општи део грађанског права*, Правни факултет Универзитета Унион у Београду 2014<sup>2</sup>;
- Алан Вотсон, *Правни транспланти – приступ упоредном праву*, Правни факултет Универзитета у Београду 2010<sup>2</sup>;
- Драган Вујисић, „Управни одбор акционарског друштва“, *Право и привреда* 11-12/1999;
- Драган Вујисић, „Специфичности правног статуса директора у Закону о предузећима“, *Право и привреда* 5-8/1999;
- Јелена Вукадиновић, *Улога арбитрабилности у процесу решавања спорова пред међународном трговинском арбитражом*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду 2016;
- Јелена Вукадиновић, „Арбитрабилност спорова – с посебним освртом на спорове из компанијског права“, *Право и привреда* 4-6/2018;
- Igor Vuković, Ljubinka Kovačević, Vuk Radović, „Legal status of whistle-blowers in the republic of Serbia: from fragmented protection of civil servants to the full scale protection model“, *Transylvanian Review of Administrative Sciences*, No. 53 E/2018;
- Андрија Гамс, *Увод у грађанско право, општи део*, Научна књига, Београд 1978;

- Драган Голубовић, „Деривативна тужба – инструмент заштите мањинских интереса“, *Правни живот* 11/1995;
- Михајло Дика, „Неки проблеми процесне операционализације Закона о обавезним односима“, *Књига о десетогодишњици, Правни живот II* 1988;
- Марко Ђурђевић, „Одговорност привредног друштва за штету коју проузрокује његов орган или запослени“, *Право и привреда* 5-8/2006;
- Александар Јакшић, *Грађанско процесно право*, Правни факултет Универзитета у Београду 2010<sup>5</sup>;
- Татјана Јевремовић Петровић, „Арбитрабилност спорова у вези са побијањем одлука скупштине привредног друштва“, *Право и привреда* 4-6/2018;
- Татјана Јевремовић Петровић, *Групе привредних друштава*, Правни факултет Универзитета у Београду 2014;
- Татјана Јевремовић Петровић, „Повериоци у компанијском праву и инструменти њихове заштите“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2011;
- Марија Караникић Мирић, *Кривица као основ деликтне одговорности у грађанском праву*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2009;
- Ханс Келзен, *Чиста теорија права*, Правни факултет Универзитета у Београду 2007;
- Ранко Кеча, „О терету доказивања у парничном поступку“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2013;
- Сима Кнежевић, „Индивидуалне и деривативне тужбе у компанијском праву“, *Култура полиса* 31/2016;
- Гашо Кнежевић, Владимир Павић, *Арбитража и АДР*, Правни факултет Универзитета у Београду 2007<sup>3</sup>;
- Михајло Константиновић, *Облигације и уговори, Скица за Законик о облигацијама и уговорима*, Правни факултет Универзитета у Београду 1969, последње

- издање, „Службени лист СЦГ“ у Библиотеци „Класици југословенског права“, Београд 2006;
- Јелена Лепетић, *Компанијскоправни режим сукоба интереса, дужност лојалности*, Правни факултет Универзитета у Београду 2015;
- Јелена Лепетић, „Право акционара на индивидуалну тужбу“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2014;
- Радомир Лукић, Будимир Кошутић, *Увод у право*, Правни факултет Универзитета у Београду 2007<sup>24</sup>;
- Моника Милошевић, „Правноснажност као установа конфирмације правосудне делатности“, у: *Liber amicorum Гашио Кнежевић*, Тибор Вради, *et al.* (ур.) Правни факултет Универзитета у Београду, Удружење за арбитражно право 2016;
- Ђорђе Мирковић, „Правна природа трговачких друштава“, *Архив за правне и друштвене науке XXVIII (XLV) 1934*;
- Борко Михајловић, „Циљ пословања привредног друштва – само стицање добити или још нешто?“, *Право и привреда* 4-6/17;
- Борко Михајловић, *Дужност лојалности према привредном друштву*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу 2017;
- Слободан Перовић (ур.), *Коментар Закона о облигационим односима*, Савремена администрација, Београд 1995;
- Боривоје Познић, Весна Ракић Вединелић, *Грађанско процесно право*, Правни факултет Универзитета Унион и Службени гласник, Београд 2015<sup>17</sup>;
- Боривоје Познић, „Осврт на неке одредбе процесног значаја у Закону о облигационим односима“, *Књига о десетогодишњици, Правни живот II* 1988;
- Боривоје Познић, *Основи грађанског судског поступка - увод и први део*, Савез

- студената Правног факултета у Београду 1958;
- Боривоје Познић, *Грађанско процесно право*, Савремена администрација, Београд 1986<sup>9</sup>;
- Боривоје Познић, *Коментар Закона о парничном поступку*, Београд 2009;
- Јаков Радишић, *Имовинска одговорност и њен досег*, Београд 1979;
- Јаков Радишић, *Облигационо право (општи део)*, Номос, Београд 2004<sup>7</sup>;
- Vuk Radović, Nenad Tešić, „On creditor’s supplemental rights“, *Annals of the Faculty of Law in Belgrade – Belgrade Law Review* 3/2015;
- Вук Радовић, „Пут ка независном управном одбору“, *Правни живот* 12/2008;
- Вук Радовић, „Утицај агенцијских проблема на право акционарских друштава и корпоративно управљање“, у: Вук Радовић, Мирко Васиљевић (ур.), *Корпоративно управљање, зборник радова*, Београд 2008;
- Вук Радовић, *Мере одбране акционарског друштва од преузимања контроле*, Правни факултет Универзитета у Београду 2008;
- Вук Радовић, „Информисање акционара пре седнице скупштине акционарског друштва“, *Правни живот* 11/2010;
- Вук Радовић, „О оправданости прихватања института дисквалификације директора“, *Право и привреда* 1-3/2010;
- Вук Радовић, „Три разлога неефикасности независних директора“, *Правни живот* бр. 11/2011;
- Вук Радовић, *Накнада члановима управе акционарског друштва – препоруке добре праксе корпоративног управљања*, Правни факултет Универзитета у Београду 2011;
- Вук Радовић, „Услови за вршење права акционара на постављање питања“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2014;

- Вук Радовић, *Стечајно право – књига прва, увод у стечајно право, основни појмови стечајног права, стечајни поступак, правне последице отварања стечајног поступка*, Правни факултет Универзитета у Београду 2017;
- Мирјана Радовић, „Ограничена заштита стварних акционара према Директиви ЕЗ о правима акционара: шта очекивати од права Србије?“, у: Вук Радовић (ур.), *Усклађивање пословног права Србије са правом Европске уније – 2011*, Београд 2011;
- Мирјана Радовић, „Универзална сукцесија код статусних промена привредних друштава“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2018;
- Мирјана Радовић, „Право повериоца да захтева добијање одговарајуће заштите у случају статусне промене привредног друштва – дужника“ *Право и привреда* 4-6/2018;
- Весна Ракић Водинелић, „Еколошка тужба (члан 156 Закона о облигационим односима)“, *Књига о десетогодишњици, Правни живот II* 1988;
- Весна Ракић Водинелић, *Закон о парничном поступку 2011*, *Правни записи* 2/2011;
- Бојана Рилке, „Одговорност органа предузећа за штету причињену предузећу“, *Правни живот* 11/1995;
- Горан Савић, „Накнада штете по Закону о предузећима“, *Правни живот* 11/1998;
- Владимир Савковић, *Деривативне акционарске тужбе*, магистарски рад, Правни факултет Универзитета у Београду 2004;
- Vladimir Savković, From great expectations to an even greater failure - the case of Montenegrin regulatory framework on shareholder derivative suits as an incentive for rethinking the concept itself, 2016, доступно на адреси: <http://oaji.net/articles/2017/5275-1516545743.pdf>, 02.06.2018;
- Драгиша Слијепчевић, „Индивидуалне и деривативне акционарске тужбе“, у: Мирко Васиљевић, Вук Радовић (ур.), *Корпоративно управљање – зборник радова (други део)*, Правни факултет Универзитета у Београду 2009;



- Гордана Станковић, „Закон о облигационим односима и процесни закони“, *Књига о десетогодишњици, Правни живот II* 1988;
- Обрен Станковић, Миодраг Орлић, *Стварно право*, Номос, Београд 2001<sup>9</sup>;
- Обрен Станковић, Владимир Водинелић, *Увод у грађанско право*, Номос, Београд 2007<sup>5</sup>;
- Милош Спирић, „Правило пословне процене“, *Право и привреда* 4-6/2010;
- Маја Станивуковић, „Закон о стечају и арбитража“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2014;
- Драгољуб Стојановић, Оливер Антић, *Увод у грађанско право*, Правни факултет Универзитета у Београду 2004<sup>2</sup>;
- Ненад Тешић, „Како расплакати Есхила? – О правнотрагичној рестриктивности у тумачењу појма „прелаз потраживања“, *Право и привреда* 7-9/2017;
- Иван Тодоровић, *Правне последице усвајања плана реорганизације*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду 2015;
- Синиша Трива, *Грађанско парнично процесно право*, Народне новине, Загреб 1983<sup>5</sup>;
- Коста Чавошки, Радмила Васић, *Увод у право*, Правни факултет Универзитета у Београду 2006;
- Стеван Шогоров, „Разлози искључења члана из друштва с ограниченом одговорношћу одлуком суда“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2012;

*Страна литература*

- Theodore Allegaert, „Derivative Actions by Policyholders on Behalf of Mutual Insurance Companies“, *The University of Chicago Law Review* Vol. 63, Iss. 3 1996;
- William T. Allen, „Our Schizophrenic Conception of the Business Corporation“, *Cardozo Law Review* Vol. 14, No. 2 1992;

- Iman Anabtawi, Some Skepticism About Increasing Shareholder Power, UCLA School of Law, Law-Econ Research Paper No. 05-16, 2005, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=783044>, 04.07.2017;
- Neil Andrews, „Multi-party proceedings in England: representative and group actions“, *Duke Journal of Comparative & International Law* Vol. 11, No. 2 2001;
- Sladana Aras Kramar, *Postupak pred trgovačkim sudovima, trgovački statusni parnični postupci*, Zagreb 2014;
- Elvia Arcelia Quintana Adriano, „The Natural Person, Legal Entity or Juridical Person and Juridical Personality“, *Penn State Journal of Law & International Affairs* Vol. 4, No. 1 2015;
- John Armour, Henry Hansmann, Reinier Kraakman, Agency Problems, Legal Strategies, and Enforcement, European Corporate Governance Institute, Law Working Paper No. 135/2009, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=1436555>, 12.09.2017;
- James B. Aronoff, What's in a Name?: The Business Judgment Rule after Zapata Corp. v. Maldonado, *Case Western Reserve Law Review* Vol. 34, Iss. 2 1984, доступно на адреси: <https://scholarlycommons.law.case.edu/caselrev/vol34/iss2/6>, 03.05.2018;
- Seth Aronson, *et. al.*, Shareholder derivative actions: from cradle to grave, 2009, доступно на адреси: <http://www.mondaq.com/unitedstates/x/87654/Directors+Officers/Shareholder+Derivative+Actions+From+Cradle+To+Grave>, 05.03.2018;
- Henry W. Ballantine, „Abuses of Shareholders Derivative Suits: How Far Is California's New Security for Expenses Act Sound Regulation“, *California Law Review* Vol. 37, No. 3 1949;
- Aharon Barak „A Comparative Look at Protection of the Shareholders' Interest Variations on the Derivative Suit“, *International and Comparative Law Quarterly* Vol. 20, No. 1 1971;
- Jakša Barbić, *Pravo društava, knjiga druga, Društva kapitala*, Organizator Zagreb 2007<sup>4</sup>;

- Joseph C. II Barsalona, „Litigation Supply Should Not Exceed Shareholder ADR Demand: How Proper Use of the Demand Requirement in Derivative Suits Can Decease Corporate Litigation“, *Oregon Law Review* Vol. 90, No. 3 2012;
- Theodor Baums, Richard M. Buxbaum, Klaus J. Hopt, *Institutional Investors and Corporate Governance*, Walter de Gruyter 2010;
- Theodor Baums, „Company Law Reform in Germany“, *Journal of Corporate Law Studies* Vol. 3, No. 1 2003;
- Theodor Baums, Kenneth E. Scott, „Taking Shareholder Protection Seriously ? Corporate Governance in the United States and Germany“, *The American Journal of Comparative Law* Vol. 53, Iss. 1 2005;
- Theodor Baums, Kenneth E. Scott, Taking Shareholder Protection Seriously? Corporate Governance in the United States and Germany, ECGI – Law Working Paper No. 17/2003, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=473185>, 05.03.2018;
- Colin Baxter, „The True Spirit of Foss v. Harbottle“, *Northern Ireland Legal Quarterly* Vol. 38, No. 1, 1987;
- Stanley M. Beck, „The Shareholders’ Derivative Action“, *Canadian Bar Review* Vol. 52, No. 2 1974;
- J. van Bekkum, J.B.S. Hijink, M.C. Schouten & J.W. Winter, Corporate Governance in the Netherlands, *Electronic Journal of Comparative Law*, Vol. 14.3, 2010, доступно на адреси: <https://www.ejcl.org/143/art143-17.pdf>, 03.03.2018;
- Raoul Berger, „Disregarding the Corporate Entity for Stockholders' Benefit“, *Columbia Law Review* Vol. 55, No. 6 1955;
- Matthew Berkahn, „The Derivative Action in Australia and New Zealand: Will the Statutory Provisions Improve Shareholders’ Enforcement Rights“, *Bond Law Review* Vol. 10, Iss. 1 1998;
- Bernard S. Black, *Corporate Law and Residual Claimants*, Stanford Law School 2001, доступно на адреси: <http://ssrn.com/abstract=1528437>, 07.11.2017;

Bernard S. Black, The Core Fiduciary Duties of Outside Directors, *Asia Business Law Review* 3-16, Stanford Law School Working Paper No. 219, 2001, доступно на адреси: <http://ssrn.com/abstract=270749>, 23.05.2012;

Bernard Black *et. al.*, Report to Russian Center for Capital Market: Development: Comparative Analysis on Legal Regulation of the Liability of Members of the Management Organs of Companies, European Corporate Governance Institute, Working Paper No. 103/2008, доступно на адреси: <http://ssrn.com/abstract=1001990>, 08.03.2012;

Bernard Black, *et. al.*, Legal Liability of Directors and Company Officials Part 2: Court Procedures, Indemnification and Insurance, and Administrative and Criminal Liability (Report to the Russian Securities Agency), *Columbia Business Law Review*, 2008, доступно на адреси: <http://ssrn.com/abstract=1010307>, 09.03.2012;

Bernard Black, Brian Cheffins, Michael Klausner, Outside Director Liability, Stanford Law School, Working paper No. 250, 2003, доступно на адреси: <http://ssrn.com/abstract=382422>, 07.03.2012;

Bernard B. Black, Brian R. Cheffins, Michael Klausner, Outside Director Liability, European Corporate Governance Institute, Working paper No. 68/2006, доступно на адреси: <http://ssrn.com/abstract=894921>, 07.03.2012;

Barbara Black, „Arbitration of investors' claims against issuers: an idea whose time has come?“, *Law and Contemporary Problems* Vol. 75, No. 1 2012;

Samuel W. Block, „Class and Derivative Actions under the Securities Laws“, *The Business Lawyer* Vol. 26, No. 2 1970;

Phillip I. Blumberg, „The corporate entity in an era of multinational corporations“, *Delaware Journal of Corporate Law* Vol. 15, No. 2 1990;

A. J. Boyle, „The Minority Shareholder in the Nineteenth Century: A Study in Anglo-American Legal History“, *The Modern Law Review* Vol. 28, No. 3 1965;

Tim Oliver Brandi, „The Strike Suit: A Common Problem of the Derivative Suit and the

- Shareholder Class Action“, *Dickinson Law Review* Vol. 98 1994;
- Douglas M. Branson, „The American Law Institute Principles Of Corporate Governance And The Derivative Action: A View From The Other Side“, *Washington and Lee Law Review* Vol. 43, No. 2 1986;
- Alan R. Bromberg, „Enforcement of Partnership Rights – Who Sues for the Partnership?“, *Nebraska Law Review* Vol. 70, No. 1 1991;
- Alan R. Bromberg, „Enforcement of Partnership Obligations – Who is Sued for the Partnership“, *Nebraska Law Review* Vol. 71, Iss. 1 1992;
- Christopher M. Bruner, „Conceptions of Corporate Purpose in Post–Crisis Financial Firms“, *Seattle University Law Review* Vol. 36, No. 2 2013;
- Sabrina Bruno, Eugenio Ruggiero, *Public companies and the role of shareholders: national models towards global integration*, Kluwer Law International 2011;
- F. H. Buckley, „Ratification and the Derivative Action Under the Ontario Business Corporations Act“, *McGill Law Journal* Vol. 22, No. 2 1976;
- Richard M. Buxbaum, „Conflict-of-Interests Statutes and the Need for a Demand on Directors in Derivative Actions“, *California Law Review* Vol. 68, No. 6 1980;
- Andreas Cahn, David C. Donald, *Comparative Company Law, Text and Cases on the Laws Governing Corporations in Germany, the UK and the USA*, Cambridge University Press 2010;
- Julien Chaisse, Lisa Zhuoyue Li, „Shareholder Protection Reloaded: Redesigning the Matrix of Shareholder Claims for Reflective Loss“, *Stanford Journal of International Law* Vol. 52, No. 1 2016;
- Brian R. Cheffins, The History of Modern U.S. Corporate Governance: Introduction, University of Cambridge Faculty of Law, Research Paper No. 29/2012, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=2192151>, 01.06.2017;
- Brian Cheffins, The History of Corporate Governance, ECGI – Law Working Paper No. 184/2012, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=1975404>, 12.09.2017;

- Brian R. Cheffins, Bernard B. Black, Outside Director Liability: A Policy Analysis, *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 2006, доступно на адреси: <http://ssrn.com/abstract=878135>, 12.03.2012;
- Brian R. Cheffins, Bernard B. Black, Outside Director Liability Across Countries, European Corporate Governance Institute, Working paper No. 71/2006, доступно на адреси: <http://ssrn.com/abstract=438321>, 10.03.2012;
- Wenjing Chen, *A Comparative Study of Funding Shareholder Litigation*, Springer Singapore 2017;
- Stephen J. Choi, Jessica Erickson, Adam C. Pritchard, Piling on? an empirical study of parallel derivative suits, New York Law and Economics Research Paper No. 16-05, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=2703509>, 07.08.2016;
- Jesse H. Choper, John C. Coffe, Ronald J. Gilson, *Cases and Materials on Corporations*, Aspen Publishers, Inc, New York 2000<sup>5</sup>;
- John C. Coffee, „Class action accountability: reconciling exit, voice, and loyalty in representative litigation“, *Columbia Law Review* Vol. 100, No. 2 2000;
- Sherman L. Cohn, The New Federal Rules of Civil Procedure, *The Georgetown Law Journal* Vol. 54 1966, доступно на адреси: <http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/1600>, 16.12.2017;
- James D. Cox, The social meaning of shareholder suits, *Brooklyn Law Review* 1999, доступно на адреси: <https://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol65/iss1/2/>, 25.12.2017;
- James D. Cox, „Searching for the Corporation’s Voice in Derivative Suit Litigation: A Critique of Zapata and the ALI Project“, *Duke Law Journal* Vol. 1982, No. 6 1982;
- James D. Cox, Randall S. Thomas, Mapping the American Shareholder Litigation Experience: A Survey of Empirical Studies of the Enforcement of the U.S. Securities Law, *European Company & Financial Law Review* 164-203 2010, доступно на адреси: [http://scholarship.law.duke.edu/faculty\\_scholarship/2329](http://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/2329), 01.05.2017;

- James D. Cox, Randall S. Thomas, „Common Challenges Facing Shareholder Suits in Europe and the United States“, *European Company and Financial Law Review* 2-3/2009;
- Paul Davis, *Introduction to Company Law*, Oxford University Press 2010<sup>2</sup>;
- Paul Davies, Sarah Worthington, Eva Micheler, *Gower and Davies: Principles of Modern Company Law*, Sweet & Maxwell 2008<sup>8</sup>;
- Paul L. Davies, Klaus J. Hopt, Boards in Europe – Accountability and Convergence, Oxford Legal Studies Research Paper No. 40/2013, dostupno na adresi: <https://ssrn.com/abstract=2212272>, 04.07.2017;
- Kenneth B. Davis, The Forgotten Derivative Suit, *Vanderbilt Law Review*, Vol. 61 2008, dostupno na adresi: <https://ssrn.com/abstract=1031755>, 03.05.2016;
- Deborah A. DeMott, „Demand in Derivative Actions: Problems of Interpretation and Function“, *University of California, Davis Law Review* Vol. 19, Iss. 2 1986;
- John Dewby, „The historic background of corporate legal personality“, *Yale Law Journal* Vol. 35, No. 6 1926;
- Mihajlo Dika, *Građansko parnično pravo, Stranke, njihovi zastupnici i treći u parničnom postupku, IV knjiga*, Narodne novine, Zagreb 2008;
- Mihajlo Dika, *Građansko parnično pravo, Tužba, VI knjiga*, Narodne novine, Zagreb 2009;
- Mihajlo Dika, „Načelo javnosti u parničnom postupku – prilog pokušajima opravdanja i reafirmacije instituta“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, Vol. 29 No. 1 2008;
- Mihajlo Dika, *Građansko parnično pravo, Utvrđivanje činjenica, VII knjiga*, Narodne novine, Zagreb 2018;
- Mihajlo Dika, *Građansko parnično pravo, Sudske odluke i sudska nagodba, IX knjiga*, Narodne novine, Zagreb 2013;

Mihajlo Dika, *Građansko parnično pravo, Parnične radnje, V knjiga*, Narodne novine, Zagreb 2008;

Mihajlo Dika, *Građansko parnično pravo, Pravni lijekovi, X knjiga*, Narodne novine, Zagreb 2010;

Scott Dodson, A negative retrospective of Rule 23, *New York University Law Review*, Vol. 92, UC Hastings Research Paper No. 227, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=2878273>, 03.08.2017;

Richard W. Duesenberg, The Business Judgment Rule and Shareholders Derivative Suits: A View from the Inside, *Washington University Law Review*, Vol. 60, 1982, доступно на адреси: [http://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2258&context=law\\_lawreview](http://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2258&context=law_lawreview), 03.05.2017;

Daniel J. Dykstra, „The Revival of the Derivative Suit“, *University of Pennsylvania Law Review* Vol. 116, No. 1 1967;

Jessica Erickson, „The Gatekeepers of Shareholder Litigation“, *Oklahoma Law Review* Vol. 70, No. 1 2017;

Arno L. Eisen, Limitations on Derivative Actions in Germany and Japan to Prevent Abuse, *Journal of Japanese Law* Vol 17, No 34 2012, доступно на адреси: <https://www.zjapanr.de/index.php/zjapanr/article/view/64>, 27.11.2017;

Lisa M. Fairfax, Spare the Rod, Spoil the Director? Revitalizing Director's Fiduciary Duty Trough Legal Liability, *University of Maryland School of Law*, 2004, доступно на адреси: <http://ssrn.com/abstract=601970>, 01.04.2012;

Ralph C. Ferrara, Kevin T. Abikoff, Laura Leedy Gansler, *Shareholder Derivative Litigation: Besieging the Board*, Law Journal Press 2013;

Stephen P. Ferris, Robert M. Lawless, Anil K. Makhija, Derivative Lawsuits as a Corporate Governance Mechanism: Empirical Evidence on Board Changes Surrounding Filings, CORI, Working Paper No. 01-03, 2001, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=495583>, 01.05.2017;



- Daniel R. Fischel, „The Demand and Standing Requirements in Stockholder Derivative Actions“, *The University of Chicago Law Review* Vol. 44, No. 1 1976;
- Daniel R. Fischel, Michael Bradley, The Role of Liability Rules and the Derivative Suit in Corporate Law: A Theoretical and Empirical Analysis, 1986, доступно на адреси: [http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2420&context=journal\\_articles](http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2420&context=journal_articles), 01.05.2017;
- Jill E. Fisch, „Teaching Corporate Governance Through Shareholder Litigation“, *Georgia Law Review* Vol. 34, No. 2 2000;
- Tamar Frankel, Wayne M. Barsky, „The Power Struggle Between Shareholders and Directors: The Demand Requirement in Derivative Suits“, *Hofstra Law Review* Vol. 12, Iss. 1 1983;
- Maciej Gac, Collective redress v. class actions – convergence or divergence between the European and American solutions on group litigation?, Vilnius University Conference Papers, 2013, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=2732486>, 27.11.2017;
- Patrick M. Garry, *et.al*, The Irrationality of Shareholder Class Action Lawsuits: A Proposal for Reform, *South Dakota Law Review*, Vol. 49, No. 2, 2004, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=1028823>, 01.07.2018;
- Nikola Gavella, „O odnosu materijalnog i procesnog građanskog prava u parnicama – pogled sa stajališta privatnog (građanskog) prava“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 63(3-4) 2013;
- Martin Gelter, Why do Shareholder Derivative Suits Remain Rare in Continental Europe?, ECGI – Law Working Paper No. 190/2012, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=2000814>, 28.08.2017;
- Martin Gelter, Mapping Types of Shareholder Lawsuits Across Jurisdictions, ECGI – Law Working Paper No. 363/2017, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=3011444>, 03.08.2017;
- Antonio Gidi, Class Actions in Brazil – A Model for Civil Law Countries, *American*

- Journal of Comparative Law, Vol. 51, 2003, доступно на адреси:  
<https://ssrn.com/abstract=903188>, 01.07.2018;
- Paolo Giudici, „Representative Litigation in Italian Capital Markets: Italian Derivative Suits and (if ever) Securities Class Actions“, *European Company and Financial Law Review* 2-3/2009;
- S. H. Goo, „Multiple Derivative Action and Common Law Derivative Action Revisited: A Tale of Two Jurisdictions“, *Journal of Corporate Law Studies* Vol. 10, No. 1 2010;
- Kurt A. Goehre, „Is the Demand Requirement Obsolete – How the United Kingdom Modernized Its Shareholder Derivative Procedure and What the United States Can Learn from It“, *Wisconsin International Law Journal* Vol. 28, No. 1 2010;
- Mark M. Graham, „Delaware Post-Merger Derivative Suit Standing and Demand Requirements: Professional Management Associates Inc., v. Coss“, *The Journal of Corporation Law* Vol. 25, No. 3 2000;
- Kristoffel Grechenig, Michael Sekyra, No Derivative Shareholder Suits in Europe – A Model of Percentage Limits, Collusion and Residual Owners, Columbia Law and Economics Working Paper No. 312, доступно на адреси:  
<https://ssrn.com/abstract=933105>, 05.07.2015;
- Daniel J. H. Greenwood, The Dividend Problem, *Journal of Corporation Law* Vol. 32, No. 1 2006, доступно на адреси: <http://ssrn.com/abstracts=799144>, 07.11.2017;
- Sean J. Griffith, Correcting Corporate Benefit: How to Fix Shareholder Litigation by Shifting the Doctrine on Fees, *Boston College Law Review*, Vol. 56, 2015, доступно на адреси: [http://ir.lawnet.fordham.edu/faculty\\_scholarship/569](http://ir.lawnet.fordham.edu/faculty_scholarship/569), 04.07.2017;
- Bernard Grelon, „Shareholders' Lawsuits against the Management of a Company and its Shareholders under French Law“, *European Company and Financial Law Review* 2-3/2009;
- Robert W. Hamilton, *The Law of Corporation in Nutshell*, St. Paul, Minn. 2000<sup>5</sup>;

- Lawrence A. Hamermesh, Twenty Years After Smith v. Van Gorkom: An Essay on the Limits of Civil Liability of Corporate Directors and the Role of Shareholder Inspection Rights, *Washburn Law Journal*, Vol. 45 2006, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=1122390>, 02.04.2017;
- Carol G. Hammett, „Attorneys' Fees in Shareholder Derivative Suits: The Substantial Benefit Rule Reexamined“, *California Law Review* Vol. 60, No. 1 1972;
- Ron Harris, The Transplantation of the Legal Discourse on Corporate Personality Theories: From German Codification to British Political Pluralism and American Big Business, *Washington and Lee Law Review* Vol. 63, No. 4 2007, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=981888>, 09.06.2017;
- Garry D. Hartlieb, „Enforceability of Mandatory Arbitration Clauses for Shareholder-Corporation Disputes“, *Michigan Business & Entrepreneurial Law Review* Vol. 4, Iss. 1 2014;
- Christopher M. Harvey, „Corporate Law – Mergers and Double Derivative Actions: The New Frontiers in Derivative Standing“, *Villanova Law Review* Vol. 38, Iss. 4 1993;
- Tea Hasić, „Dužnost dioničara na lojalno postupanje prema društvu i ostalim dioničarima“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 2/2013;
- Geoffrey C. Hazard, „Indispensable party: the historical origin of a procedural phantom“, *Columbia Law Review* Vol. 61, No. 7 1961;
- Geoffrey C. Hazard, John L. Gedid, Stephen Sowle, „An historical analysis of the binding effect of class suits“, *University of Pennsylvania Law Review* Vol. 146 1998;
- Melissa Hofmann, The Statutory Derivative Action in Australia: An Empirical Review of its Use and Effectiveness in Australia in Comparison to the United States, Canada and Singapore, 2005, доступно на адреси: <http://epublications.bond.edu.au/cgej/13>, 14.12.2014;
- Klaus J. Hopt, Groups of Companies – A Comparative Study on the Economics, European Corporate Governance Institute (ECGI) – Law Working Paper No. 286/2015, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=2560935>, 12.09.2017;

- George D. Hornstein, „The Death Knell of Stockholders' Derivative Suits in New York“, *California Law Review* Vol. 32, No. 2 1944;
- Darian M. Ibrahim, Individual or Collective Liability for Corporate Directors?, доступно на адреси: <http://ssrn.com/abstract=918119>, 28.06.2012;
- Lyman Johnson, Having the Fiduciary Duty Talk: Model Advice for Corporate Officers (and Other Senior Agents), *The University of Maryland, Business Lawyer*, Volume 63, 2007, доступно на адреси: <http://ssrn.com/abstract=1081886>, 01.04.2012;
- Bas J. De Jong, Shareholders' Claims for Reflective Loss: A Comparative Legal Analysis, *European Business Organization Law Review*, Vol. 14, No. 1, 2013, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=1939755>, 05.06.2018;
- Dionis Jurić, „Pravo manjinskih dioničara na podnošenje tužbe u ime dioničkog društva protiv članova uprave i nadzornog odbora“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 1/2007;
- Hideki Kanda, Curtis J. Milhaupt, „Re-Examining Legal Transplants: The Director's Fiduciary Duty in Japanese Corporate Law“, *The American Journal of Comparative Law* Vol. 51, No. 4 2003;
- Donald Kehl, „The Origin and Early Development of American Dividend Law“, *Harvard Law Review* Vol. 53, No. 1 1939;
- Thomas G. Kelch, „Shareholder Control Rights in Bankruptcy: Disassembling the Withering Mirage of Corporate Democracy“, *Maryland Law Review* Vol. 52, Iss. 2 1993;
- Denis Keenan, *Smith and Keenan's Company Law for Students*, Pitman 2006<sup>8</sup>;
- David Kershaw, The rule in *Foss v. Harbottle* is dead; Long live the rule in *Foss v. Harbottle*, LSE Legal Studies, Working Paper No. 5/2013, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=2209061>, 11.02.2016;
- Thomas P. Kinney, „Stockholder Derivative Suits: Demand and futility where the board fails to stop wrongdoers“, *Marquette Law Review* Vol. 78, Iss. 1 1994;

- Daniel S. Kleinberger, Direct vs. Derivative, or „What's a Lawsuit Between Friends in an 'Incorporated Partnership?'“, *William Mitchell Law Review*, Vol. 22, доступно на адреси: <http://open.mitchellhamline.edu/facsch/223>, 14.02.2018;
- Charles R. Korsmo, Minor Myers, „The Structure of Stockholder Litigation: When Do the Merits Matter“, *Ohio State Law Journal* Vol. 75, No. 5 2014;
- Pearlie Koh, „The Shareholder's Personal Claim: Allowing Recovery for Reflective Losses“, *Singapore Academy of Law Journal* 23/2011;
- Amy M. Koopmann, „A Necessary Gatekeeper: The Fiduciary Duties of the Lead Plaintiff in Shareholder Derivative Litigation“, *The Journal of Corporation Law* Vol. 34, No. 3 2009;
- Reinier Kraakman, *et.al.*, *The Anatomy of Corporate Law*, Oxford University Press 2009<sup>2</sup>;
- Kenneth W. Kossoff, „Director independence and derivative suit settlements“, *Duke Law Journal* Vol. 32, No. 3 1983;
- Kevin Lampone, Class Certification as a Prerequisite for CAFA Jurisdiction 2011, *Minnesota Law Review*, Vol. 96, 2012, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=1822469>, 01.07.2018;
- Monique Lapointe, „Attorney's Fees in Common Fund Actions“, *Fordham Law Review* Vol. 59, Iss. 5 1991;
- Dario Latella, „Shareholder Derivative Suits: A Comparative Analysis and the Implications of the European Shareholders' Rights Directive“, *European Company and Financial Law Review* 2-3/2009;
- Dario Latella, The Shareholder Derivative Suits: Dysfunction and Remedies Against a 'Paradoxal' Inactivity, *Corporate Ownership and Control Journal*, 2010, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=1634961>, 07.08.2016;
- Joyce Lee Suet Lin, „Barring Recovery for Diminution in Value of Shares on the Reflective Loss Principle“, *Cambridge Law Journal* Vol. 66, No. 3 2007;

- Pierre Legrand, „The Impossibility of Legal Transplants“, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* Vol. 4, No. 2 1997;
- Patrick Leyens, Michael Faure, Directors’ and Officers’ Liability: Economic Analysis, European Corporate Governance Institute (ECGI) – Law Working Paper No. 376/2017, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=3059284>, 01.06.2018;
- David W. Locascio, „Dilemma of the Double Derivative Suit“, *Northwestern University Law Review* Vol. 83, No. 3 1988;
- Lynn LoPucki, The Myth of the Residual Owner: An Empirical Study, University of California, Los Angeles School of Law Law & Economics Research Paper Series, 2004, доступно на адреси: <http://ssrn.com/abstract=401160>, 07.11.2017;
- Irene Lynch Fannon, A Transatlantic Case: The Derivative Action as a Corporate Governance Tool, *Dublin University Law Journal* 27/2005, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=878051>, 03.06.2018;
- Raymond B. Marcin, Searching for the Origin of the Class Action, 23 *Catholic University Law Review*, No. 515, 1974, доступно на адреси: <http://scholarship.law.edu/lawreview/vol23/iss3/4>, 01.05.2017;
- Jonathan R. Macey, Geoffrey P. Miller „The Plaintiffs' Attorney's Role in Class Action and Derivative Litigation: Economic Analysis and Recommendations for Reform“, *The University of Chicago Law Review* Vol. 58, No.1 1991;
- Arjya Majumdar, Sneha Bhawnani, Class Action Suits – Genesis, Analysis and Comparison, RGNUL Book Series on Corporate Law and Corporate Affairs, 2016, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=2883976>, 15.02.2018;
- David Marcus, The History of the Modern Class Action, Part I: Sturm Und Drang, 1953–1980, *Washington University Law Review*, Volume 90, No. 3, 2013, доступно на адреси [http://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6000&context=law\\_lawreview](http://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6000&context=law_lawreview) 6.6.2017;
- Lars A. Markert, Arbitrating Corporate Disputes – German Approaches and International

- Solutions to Reconcile Conflicting Principles, *Contemporary Asia Arbitration Journal*, Vol. 8, No. 1, 2015, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=2612404>, 01.04.2018;
- Denise N. Martin, *et. al.*, „Recent Trends IV: What Explains Filings and Settlements in Shareholder Class Actions“, *Stanford Journal of Law, Business & Finance* Vol. 5, No.1 1999;
- John Matheson, „Restoring the promise of the shareholder derivative suit“, *Georgia Law Review* Vol. 50, No. 2 2016;
- Philip McGough, „Statutory Limits on a Corporation's Right to Make Distributions to Shareholders: The Law Distribution in the 1984 Revised Model Business Corporation Act“, *Akron Law Review* Vol. 21, No. 1 1987;
- Joseph A. McCahery, Alexander de Roode, Corporate Litigation in Specialized Business Courts, 2016, European Corporate Governance Institute (ECGI) – Law Working Paper No. 302/2015, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=2664621>, 12.09.2017;
- Marc T. Moore, Antoine Reberieux, „Corporate Power in the Public Eye: Reassessing the Implications of Berle’s Public Consensus Theory“, *Seattle University Law Review* Vol. 33, No. 4 2010;
- Charles W. Murdock, „Corporate Governance – The Role of Special Litigation Committees“, *Washington Law Review* Vol. 68, No. 1 1993;
- Minor Myers, The Decisions of the Corporate Special Litigation Committees: An Empirical Investigation, *Indiana Law Journal*, Vol. 84, No. 4, 2009, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=1162858>, 08.09.2017;
- Anthony Nwafor, „The Unfair Prejudice Remedy – A Relief for the Minority Shareholders“, *University of Botswana Law Journal* Vol. 13 2011;
- Thomas P. O'Malley, „The Zapata Two-Step-Will Corporations March Out of Delaware?: Zapata Corp. V. Maldonado“, *St. John's Law Review* Vol. 55, No. 4 1981;

- Ángel R. Oquendo, Six Degrees of Separation: From Derivative Suits to Shareholder Class Actions, *Wake Forest L. Rev.* 2013, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=2426460>, 24.02.2018;
- William H. Painter, „Double Derivative Suits and Other Remedies with Regard to Damaged Subsidiaries“, *Indiana Law Journal* Vol. 36, No. 2 1961;
- Johnny Parker, „The common fund doctrine: coming of age in the law of insurance subrogation“, *Indiana Law Review* Vol. 31, No. 2 1998;
- Carsten A. Paul, „Derivative Actions under English and German Corporate Law - Shareholder Participation between the Tension Filled Areas of Corporate Governance and Malicious Shareholder Interference“, *European Company and Financial Law Review* 1/2010;
- Martin Petrin, The curious case of directors' and officers' liability for supervision and management: exploring the intersection of corporate and tort law, *American University Law Review*, Vol. 59, No. 6, 2010, доступно на адреси: <http://digitalcommons.wcl.american.edu/aulr>, 02.04.2017;
- Bert S. Prunty, „The shareholders' derivative suit: notes on its derivation“, *New York University Law Review* Vol. 32, No. 5 1957;
- Dan W. Puchniak, Harald Baum, Michael Ewing-Chow, *The Derivative Action in Asia: A Comparative and Functional Approach*, Cambridge University Press 2012;
- Veronika Radica, „Odgovornost uprave trgovačkog društva za štetu“, *Porezni vjesnik* 9/2016;
- Ian Ramsay, Corporate Governance, Shareholder Litigation and the Prospects for a Statutory Derivative Action, 1992, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=922241>, 01.06.2017;
- Ian M. Ramsay, Corporate Governance and the Duties of Company Directors, Centre for Corporate Law and Securities Regulation, Faculty of Law, The University of Melbourne 1997, доступно на адреси: <http://ssrn.com/abstract=924312>, 01.04.2012;



- Ian M. Ramsay, Benjamin B. Saunders, *Litigation by shareholders and directors: An empirical study of the statutory derivative action*, University of Melbourne Legal Studies Research Paper No. 250, 2006, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=914465>, 02.04.2017;
- Arad Reisberg, *Derivative actions and corporate governance*, Oxford University Press 2007;
- Arad Reisberg, „Theoretical Reflections on Derivative Actions in English Law: The Representative Problem“, *European Company and Financial Law Review* 1/2006;
- Arad Reisberg, „Multiple Derivative Actions“, *Law Quarterly Review* Vol. 125 2009;
- Arad Reisberg, *Corporate Law in the UK after Recent Reforms: The Good, the Bad and the Ugly*, Current legal problems, Vol. 63 2010, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=1635732>, 07.08.2016;
- Arad Reisberg, *Derivative Claims Under the Companies Act 2006: Much Ado About Nothing?*, University College London, Law Research Paper No. 09-02 2009, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=1092629>, 05.07.2015;
- B. A. K. Rider, „Amiable Lunatics and the Rule in Foss v. Harbottle“, *Cambridge Law Journal* Vol. 37, No. 2 1978;
- Edward Rock, Michael Wachter, „Dangerous Liaisons: Corporate Law, Trust Law, and Interdoctrinal Legal Transplants“, *Northwestern University Law Review* Vol. 96, No. 2 2002;
- Roberta Romano, *Foundation of Corporate Law*, Foundation Press 2010<sup>2</sup>;
- Roberta Romano, „The Shareholder Suit: Litigation without Foundation?“, *Journal of Law, Economics, & Organization* Vol. 7, No. 1 1991;
- Mitchell A. Sabshon, „Zapata Corp. V. Maldonado“, *Hofstra Law Review* Vol. 10, Iss. 3 1982;
- 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, Iss. 1 1996;

Ann M. Scarlett, Confusion and Unpredictability in Shareholder Derivative Litigation: The Delaware Courts' Response to Recent Corporate Scandals (2008). *Florida Law Review*, Vol. 60, p. 589, 2008; Saint Louis U. Legal Studies Research Paper No. 2008-16, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=1346549>, 02.06.2018;

Ann M. Scarlett, Shareholder Derivative Litigation's Historical and Normative Foundations, *Buffalo Law Review*, Vol. 61 2013, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=2358209>, 05.02.2016;

Ann M. Scarlett, Imitation or Improvement? The Evolution of Shareholder Derivative Litigation in the United States, United Kingdom, Canada, and Australia, *Arizona Journal of International and Comparative Law*, Saint Louis U. Legal Studies, Research Paper No. 2011-36, 2011, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=2137864>, 05.02.2016;

Ann Scarlett, A Better Approach for Balancing Authority and Accountability in Shareholder Derivative Litigation, Saint Louis University School of Law, No. 2008-15, доступно на адреси: <http://ssrn.com/abstract=1346501>, 03.05.2018;

Glive M. Schmitthoff, *The rule of the majority and the protection of the minority in English company law*, The City of London College 1974;

Alice A. Seebach, Special Litigation Committees a Practitioner's Guide, *Loyola of Los Angeles Law Review*, No. 1, 1990, доступно на адреси: <http://digitalcommons.lmu.edu/llr/vol24/iss1/1>, 03.08.2017;

Collins J. Seitz, Michael Sirkin, „The Demand Review Committee: How It Works, and How It Could Work Better“, *The Business Lawyer* Vol. 73, No. 2 2018;

George Serafeim, The Role of the Corporation in Society: An Alternative View and Opportunities for Future Research, 2013, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=2270579>, 03.04.2018,

- Shail Shakya, Minority Shareholders' Protection in Corporate Governance: The Rule in Foss v. Harbottle, 2014, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=2399314>, 03.05.2016;
- Giora Shapira, „Shareholder Personal Action in Respect of a Loss Suffered by the Company: The Problem of Overlapping Claims and Reflective Loss in English Company Law“, *The International Lawyer* Vol. 37, No. 1 2003;
- Bernard S. Sharfman, „The importance of the business judgment rule“, *New York University Journal of Law & Business* Vol. 14, No. 1 2017;
- Keith Sharfman, „Derivative suits in bankruptcy“, *Stanford Journal of Law, Business & Finance* Vol. 10, Iss. 1 2004;
- Richar G. Shell, Arbitration and Corporate Governance, *North Carolina Law Review*, Vol. 67, No. 3, 1989, доступно на адреси: <http://scholarship.law.unc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3238&context=nclr>, 04.07.2017;
- Mathias M. Siems, Private Enforcement of Directors' Duties: Derivative Actions as a Global Phenomenon, Stefan Wrбка, Steven Van Uytsel, Mathias Siems (eds.), *Collective Actions: Enhancing Access to Justice and Reconciling Multilayer Interests?*, Cambridge University Press 2012, доступно на адреси: <http://ssrn.com/abstract=1699353>, 03.08.2017;
- David A. Skeel, *Rediscovering Corporate Governance in Bankruptcy* (2016), European Corporate Governance Institute (ECGI) – Law Working Paper No. 307/2016; доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=2687134>, 12.09.2017;
- David A. Skeel, *The Accidental Elegance of Aronson v. Lewis*, University of Pennsylvania Law School, Research Paper No. 07-28, 2007, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=1027010>, 12.03.2018;
- Gordon Smith, *The Modern Business Judgment Rule*, 2015, BYU Law Research Paper Series No. 15-09, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=2620536>, 03.05.2018;

- Karsten Engsig Sorensen, Duty of Loyalty of Shareholders – A Possible Remedy for Conflicts in SMEs?, 2010, доступно на адреси: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1709944](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1709944), 25.03.2016;
- Lynn A. Stout, Bad and Not-So-Bad Arguments For Shareholder Primacy, Southern California Law Review, Vol. 75 2002, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=331464>;
- Leo Strine, *et.al.*, Loyalty's Core Demand: The Defining Role of Good Faith in Corporation Law, Widener University School of Law, Harvard University School of Law, 2009, доступно на адреси: <http://ssrn.com/abstract=1349971>, 17.3.2012;
- Jacqueline L. Sweeney, The evolution of the class action lawsuit: the original intent of providing fairness and equity for all has yet to be achieved, 2003, доступно на адреси <http://preserve.lehigh.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1827&context=etd>, 06.06.2017;
- Julia Tang, Shareholder Remedies: Demise of the Derivative Claim?, UCL Journal of Law and Jurisprudence, 2012, доступно на адреси: <http://ojs.lib.ucl.ac.uk/index.php/LaJ/article/view/581>, 24.04.2017;
- Randall S. Thomas, Robert G. Hansen, Auctioning Class Action and Derivative Lawsuits: A Critical Analysis, 87 Northwestern University Law Review 423 (1993), доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=1727632>, 06.06.2017;
- Robert B. Thompson, Randall S. Thomas, The public and private faces of derivative lawsuits, Vanderbilt Law and Economics, Research Paper No. 04-14 2004, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=555813>, 02.04.2017;
- Robert W. Thompson, Scott T. Jeffers, Codie L. Chrisholm, „The Limits of Derivative Actions: The Application of Limitation Periods to Derivative Actions“, *Alberta Law Review* Vol. 49, No. 3 2012;
- James E. Tucker, „Director and Shareholder Liability for Massachusetts Corporations' Distributions to Shareholders: A Suggestion for Change in Standards of Director Liability“, *New England Law Review* Vol. 28 1994;

- Mark A. Underberg, „Business Judgment Rule in Derivative Suits Against Directors“, *Cornell Law Review* Vol. 65, Iss. 4 1980;
- Julian Velasco, How Many Fiduciary Duties are there in Corporate Law?, *Southern California Law Review*, Volume 83, 2010, доступно на адреси: <http://ssrn.com/abstract=1457804>, 01.04.2012;
- Julian Velasco, „Empowering Courts in Corporate Law“, *Journal of Corporation Law* Vol. 42, No. 3 2017;
- Julian Velasco, „The Fundamental Rights of the Shareholder“, *University of California, Davis Law Review* Vol. 40, Iss. 2 2006;
- Zhang Zhong, „The Shareholder Derivative Action and Good Corporate Governance in China: Why the Excitement is Actually for Nothing“, *Pacific Basin Law Journal* Vol. 28, Iss. 2 2011;
- David G. Yosifon, „The Law of Corporate Purpose“, *Berkeley Business Law Journal* Vol. 10, No. 2 2013;
- Gerhard Wagner, „Officers' and Directors' Liability under German Law – A Potemkin Village“, *Theoretical Inquiries in Law* Vol. 16, Iss. 1 2015;
- K. W. Wedderburn, „Shareholders' Rights and the Rule in Foss v. Harbottle (continued)“, *Cambridge Law Journal* Vol. 16, No. 1 1958;
- John W. Welch, „Shareholder Individual and Derivative Actions: Underlying Rationales and the Closely Held Corporation“, *The Journal of Corporation Law* Vol. 9, Iss. 2 1984;
- Harwell Wells, „The Birth of Corporate Governance“, *Seattle University Law Review* Vol. 33, No. 4 2010;
- Carole F. Wilder, „The Demand Requirement and the Business Judgment Rule: Synergistic Procedural Obstacles to Shareholder Derivative Suits“, *Pace Law Review* Vol. 5, No. 3, 1985;

Kelli Alces Williams, Enforcing Corporate Fiduciary Duties in Bankruptcy, *Kansas Law Review*, Vol. 56, 2007, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=968006>, 05.06.2018;

„Creditors' Derivative Suits on Behalf of Solvent Corporations“, *The Yale Law Journal* Vol. 88, No. 6 1979;

„Suits by a Shareholder in a Parent Corporation to Redress Injuries to the Subsidiary“, *Harvard Law Review* Vol. 64, No. 8 1951;

„Survival of Rights of Action after Corporate Merger“, *Michigan Law Review* Vol. 78, No. 2 1979;

Stephen C. Yeazell, „Group litigation and social context: toward a history of the class action“, *Columbia Law Review* Vol. 77, No. 6 1977;

„Protection of Minority Stockholders“, *Harvard Law Review* Vol. 10, No. 1896;

„Demand on Directors and Shareholders As a Prerequisite to a Derivative Suit“, *Harvard Law Review* Vol. 73, No. 4 1960;

„Discovery in Federal Demand-Refused Derivative Litigation“, *Harvard Law Review* Vol. 105, No. 5 1992;

„Federal Courts Diversity of Citizenship: Corporations. Corporation in Derivative Suit Must Be Realigned as Plaintiff When Not Dominated by Individual Defendants“, *Harvard Law Review* Vol. 68, No. 1 1954;

Derivative suit settlements: in search of a new lodestar, *Law and contemporary problems* Vol. 48, No. 3 1985, доступно на адреси: <https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol48/iss3/7>, 16.12.2017;

Corporate Director's Guidebook - Sixth Edition, *The Business Lawyer* Vol. 66, No. 4 2011;

J. B., „Distinguishing between Direct and Derivative Shareholder Suits“, *University of Pennsylvania Law Review* Vol. 110, No. 8 1962;

## БИОГРАФИЈА

Јована Величковић је рођена 8. јула 1988. године у Сремској Митровици, где је завршила основну школу и Гиманзију „Иво Лола Рибар“.

Правни факултет Универзитета у Београду уписала је 2007. године, а завршила 2011. године са просечном оценом 10,00, на правосудно-управном смеру. Током све четири године студија је награђивана Светосавском похвалницом Правног факултета Универзитета у Београду. Добитник је награде Фонда „Др Драгољуб Атанацковић“ за школску 2010/2011 годину (за одличан успех из предмета катедре за кривично право). Током студија била је стипендиста Министарства просвете, Фонда за младе таленте Владе Републике Србије и Фонда „Атанасије Стојковић“ из Сремске Митровице.

Мастер студије на Правном факултету Универзитета у Београду уписала је 2011. године на имовинско-правном (II) модулу, које је завршила 2012. године са просечном оценом 10,00. У оквиру мастер студија под менторством проф. др Оливера Антића и доц. др Вука Радовића одбранила је мастер рад на тему „Накнада штете привредном друштву проузрокована радом органа управе“.

По окончању мастер студија уписала је докторске студије на Правном факултету Универзитета у Београду 2012. године, пословно-правна научна област. На докторским студијама положила је испите из предмета Методи научноистраживачког рада и вештине (10), усмени докторски испит – I део из предмета: Компанијско право (9), Трговинско право (10) и Право интелектуалне својине (10), као и усмени докторски испит – II део из предмета: Стечајно право (10) и Право осигурања (10), такође је одбранила семинарски рад под насловом „Права несагласних акционара – досадашња искуства у пракси“. Тиме је испунила услове да пријави тему докторске дисертације. Пројекат докторске дисертације је одбранила 2. октобра 2017. године, пред комисијом у саставу: проф. др Мирко Васиљевић, проф. др Вук Радовић и проф. др Никола Бодирога.

Од јануара 2013. до децембра 2015. године обавља приправнички стаж у адвокатском ортачком друштву Јанковић, Поповић, Митић из Београда, на пракси код адвоката Милоша Д. Митића.

Правосудни испит је положила 30. септембра 2015. године, а адвокатски

испит 15. децембра 2015. године. Децембра 2015. године уписује се у именик адвоката Адвокатске коморе Београда.

Тренутно је самосталан адвокат у Београду, у сарадњи са адвокатским ортачким друштвом Карановић & Партнерс из Београда. Као адвокат бави се заступањем клијената у привредним споровима и правним саветовањем у домену ове области.

Говори енглески језик и познаје француски језик.

Области посебног интересовања кандидаткиње су компанијско право, грађанско-процесно право и облигационо право, а у практичном раду спорови који произилазе из примене Закона о привредним друштвима.

#### *Објављени радови*

- „Одговорност за штету чланова управе привредног друштва (Члан 415. Закона о привредним друштвима)“, *Право и привреда*, бр.10-12/2012, стр. 108-127
- „Правне последице оставке директора привредног друштва“, *Право и привреда*, бр. 4-6/2013, стр. 242-262
- *Накнада штете привредном друштву проузрокована радом органа управе*, Правни факултет Универзитета у Београду, Центар за издаваштво и информисање, 2013 (објављен мастер рад)
- „Начин утврђивања и правне последице неизвршења обавезе додатне уплате“, *Право и привреда*, бр. 4-6/2014, стр. 177-196
- „Оставка директора привредног друштва (правна природа и услови за престанак функције)“, *Право и привреда*, бр. 10-12/2014, стр. 106-125
- „Остваривање потраживања према дужнику у ликвидацији“, *Право и привреда*, бр. 10-12/2015, стр. 56-78
- „Механизми решавања спорова између чланова привредног друштва у случају блокаде одлучивања“, *Право и привреда*, бр. 4-6/2016, стр. 233-250
- „Права несагласних акционара – досадашња искуства у пракси“, *Право и привреда*, бр. 4-6/2017, стр. 158-178.
- „Арбитражни споразум код уговора о продаји удела – три (спорна) питања у вези пуноважности споразума“, *Право и привреда*, бр. 4-6/2018, стр. 485-500.



## Изјава о ауторству

Име и презиме аутора \_\_\_\_\_

Број индекса \_\_\_\_\_

### Изјављујем

да је докторска дисертација под насловом

\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

- резултат сопственог истраживачког рада;
- да дисертација у целини ни у деловима није била предложена за стицање друге дипломе према студијским програмима других високошколских установа;
- да су резултати коректно наведени и
- да нисам кршио/ла ауторска права и користио/ла интелектуалну својину других лица.

**Потпис аутора**

У Београду, \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

## Изјава о истоветности штампане и електронске верзије докторског рада

Име и презиме аутора

---

Број индекса

---

Студијски програм

---

Наслов рада

---

Ментор

---

Изјављујем да је штампана верзија мог докторског рада истоветна електронској верзији коју сам предао/ла ради похрањена у **Дигиталном репозиторијуму Универзитета у Београду**.

Дозвољавам да се објаве моји лични подаци везани за добијање академског назива доктора наука, као што су име и презиме, година и место рођења и датум одбране рада.

Ови лични подаци могу се објавити на мрежним страницама дигиталне библиотеке, у електронском каталогу и у публикацијама Универзитета у Београду.

**Потпис аутора**

У Београду, \_\_\_\_\_

---

## Изјава о коришћењу

Овлашћујем Универзитетску библиотеку „Светозар Марковић“ да у Дигитални репозиторијум Универзитета у Београду унесе моју докторску дисертацију под насловом:

---

---

која је моје ауторско дело.

Дисертацију са свим прилозима предао/ла сам у електронском формату погодном за трајно архивирање.

Моју докторску дисертацију похрањену у Дигиталном репозиторијуму Универзитета у Београду и доступну у отвореном приступу могу да користе сви који поштују одредбе садржане у одабраном типу лиценце Креативне заједнице (Creative Commons) за коју сам се одлучио/ла.

1. Ауторство (CC BY)
2. Ауторство – некомерцијално (CC BY-NC)
3. Ауторство – некомерцијално – без прерада (CC BY-NC-ND)
4. Ауторство – некомерцијално – делити под истим условима (CC BY-NC-SA)
5. Ауторство – без прерада (CC BY-ND)
6. Ауторство – делити под истим условима (CC BY-SA)

(Молимо да заокружите само једну од шест понуђених лиценци.  
Кратак опис лиценци је саставни део ове изјаве).

**Потпис аутора**

У Београду, \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

1. **Ауторство.** Дозвољаваате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, и прераде, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце, чак и у комерцијалне сврхе. Ово је најслободнија од свих лиценци.

2. **Ауторство – некомерцијално.** Дозвољаваате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, и прераде, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце. Ова лиценца не дозвољава комерцијалну употребу дела.

3. **Ауторство – некомерцијално – без прерада.** Дозвољаваате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, без промена, преобликовања или употребе дела у свом делу, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце. Ова лиценца не дозвољава комерцијалну употребу дела. У односу на све остале лиценце, овом лиценцом се ограничава највећи обим права коришћења дела.

4. **Ауторство – некомерцијално – делити под истим условима.** Дозвољаваате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, и прераде, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце и ако се прерада дистрибуира под истом или сличном лиценцом. Ова лиценца не дозвољава комерцијалну употребу дела и прерада.

5. **Ауторство – без прерада.** Дозвољаваате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, без промена, преобликовања или употребе дела у свом делу, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце. Ова лиценца дозвољава комерцијалну употребу дела.

6. **Ауторство – делити под истим условима.** Дозвољаваате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, и прераде, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце и ако се прерада дистрибуира под истом или сличном лиценцом. Ова лиценца дозвољава комерцијалну употребу дела и прерада. Слична је софтверским лиценцама, односно лиценцама отвореног кода.