

Др Борко Михајловић*

Прегледни научни чланак
УДК: 347.72
DOI: 10.46793/GP.1002.081M

ДИСКВАЛИФИКАЦИЈА ЧЛАНА УПРАВЕ ПРИВРЕДНОГ ДРУШТВА: НОВА САНКЦИЈА ЗА ПОВРЕДУ ДУЖНОСТИ ПРИЈАВЉИВАЊА ПОСЛОВА И РАДЊИ СА ЛИЧНИМ ИНТЕРЕСОМ У СРПСКОМ ПРАВУ¹

Рад примљен: 02. 12. 2019.
Рад прихваћен за објављивање: 09. 12. 2019.

Измене и допуне Закона о привредним друштвима из јуна 2018. године значајно су утицале на дужност пријављивања послова и радњи у којима постоји лични интерес, као једну од пет посебних дужности према привредном друштву, које постоје у српском компанијском праву. Једна од значајних новина у правном регулисању дужности пријављивања тиче се правних последица повреде те дужности, које постају оштрије по неке од субјеката посебних дужности. Повреда дужности пријављивања учињена од стране директора, чланова надзорног одбора, заступника и прокуриса привредног друштва, према поменутих изменама Закона о привредним друштвима из 2018. године, за последицу има и нови облик статусне одговорности – дисквалификацију. Предмет овог рада је кратка анализа законодавног регулисања дисквалификације појединих субјеката посебних дужности према привредном друштву у српском праву за случај повреде дужности пријављивања послова и радњи у којима постоји лични интерес. Пре анализе позитивних прописа, аутор се у кратким цртама осврнуо на остале последице повреде дужности пријављивања (имовинскоправне и кривичноправне), као и на појам и врсте дисквалификације у упоредном праву, а у циљу проналажења места института дисквалификације у односу на друге правне последице повреде дужности пријављивања, као и у односу на нека значајнија упоредноправна решења.

Кључне речи: *дужност пријављивања послова и радњи у којима постоји лични интерес, посебне дужности према привредном друштву, дисквалификација члана управе привредног друштва, разлози за дисквалификацију, време трајања дисквалификације.*

* Доцент Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, bmihajlovic@jura.kg.ac.rs

¹ Рад је написан у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Крагујевцу Усклађивање правног система Србије са стандардима Европске уније.

I УВОД

Посебне дужности према привредном друштву су засебан правни институт компанијског права, који доприноси решавању неких основних и најзначајнијих проблема и питања те гране права.² Основни циљеви установљавања тог института су ограничење дискреционих овлашћења лица која непосредно управљају привредним друштвом, али и свих других лица која имају значајан (посредан) утицај на функционисање и пословање привредног друштва и успостављање механизма за изједначавање (поистовећивање) интереса тих лица и привредног друштва, као посебног правног субјекта, односно његових чланова.

Измене и допуне Закона о привредним друштвима из јуна 2018. године³ донеле су и неколико новина у вези са посебном дужношћу пријављивања послова и радњи у којима постоји лични интерес, као једном од пет посебних дужности према привредном друштву, које познаје српско компанијско право. Основне новине се односе на прописивање нове, додатне обавезе у поступку одобрења правног посла или правне радње у случају постојања личног интереса (обавеза сачињавања извештаја о процени тржишне вредности предмета правног посла или радње, условљена одређеном књиговодственом вредношћу посла или радње), на прописивање обавезе објављивања обавештења о закљученом правном послу, односно предузетој правној радњи на интернет страници привредног друштва или Агенције за привредне регистре, као и на прописивање нових случајева који су изузети од обавезе одобрења.⁴ Једна од значајних новина у правном регулисању дужности пријављивања тиче се правних последица повреде те дужности, које постају оштрије по неке од субјеката посебних дужности.

Поступак примене дужности пријављивања послова и радњи у којима постоји лични интерес подразумева четири фазе: 1) утврђивање постојања правног посла или радње са личним интересом; 2) пријављивање правног посла или радње са личним интересом надлежном органу привредног друштва; 3) одобрење правног посла или радње са личним интересом; 4) објављивање обавештења о закљученом правном послу или радњи са личним интересом. Повреда учињена од стране директора, чланова надзорног одбора, заступника и прокуриста привредног друштва, као лица који су субјекти посебних дужности, у првој или другој фази тог поступка, која резултира непријављивањем посла или радње са личним интересом, према поменутих изменама Закона о

² Leo E. Strine, Jr., Lawrence A. Hamermesh, R. Franklin Balloti, Jeffrey M. Gorris, *Loyalty's Core Demand: The Defining Role of Good Faith in Corporation Law*, Georgetown Law Journal, бр. 3, 2010, 634.

³ Службени гласник Републике Србије, бр. 44/2018.

⁴ Види: Б. Михајловић, *Промене у правном регулисању дужности пријављивања послова и радњи у којима постоји лични интерес*, Гласник права, бр. 2, 2018, 53-66.

привредним друштвима из 2018. године, за последицу има и нови облик статусне одговорности – дисквалификацију.

Предмет овог рада је кратка анализа законодавног регулисања дисквалификације појединих субјеката посебних дужности према привредном друштву у српском праву. Пре анализе позитивних прописа, у кратким цртама ћемо се осврнути на остале последице повреде дужности пријављивања (имовинскоправне и кривичноправне), као и на појам и врсте дисквалификације у упоредном праву, а у циљу проналажења места института дисквалификације у односу на друге правне последице повреде дужности пријављивања, као и у односу на нека значајнија упоредноправна решења.

II ОСВРТ НА ПРАВНЕ ПОСЛЕДИЦЕ ПОВРЕДЕ ДУЖНОСТИ ПРИЈАВЉИВАЊА ПРАВНИХ ПОСЛОВА И РАДЊИ СА ЛИЧНИМ ИНТЕРЕСОМ

Одговорност за повреду дужности дужности пријављивања послова и радњи у којима постоји лични интерес има три облика: 1) имовинска одговорност; 2) кривична одговорност; 3) статусна одговорност.⁵ Три облика одговорности за повреду дужности пријављивања могу се истовремено примењивати, односно нема препреке да једна повреда те дужности истовремено произведе на лице које је ту повреду учинило последице имовинско-правне, кривично-правне и статусно-правне природе.

У оквиру имовинске одговорности лица са дужностима привредно друштво може остварити право на накнаду штете, а може и захтевати поништај правног посла или радње у којој постоји лични интерес лица са дужностима.⁶ Одговорност за накнаду штете основни је облик имовинске одговорности лица са посебним дужностима које је повредило дужност пријављивања послова и радњи у којима постоји лични интерес. Поред тужбе за накнаду штете, у случају повреде ове дужности, привредно друштво може поднети и тужбу за поништај правног посла или радње. Како се овде најчешће ради о закључивању уговора између лица са дужностима (или са њим повезаног лица) и привредног друштва, то ће примена овог правног средства имати за последицу непостојање тог уговора, без обзира да ли се ради о ништавом или рушљивом уговору.⁷ Према садашњем Закону о привредним друштвима Републике Србије (у даљем тексту: ЗПД),⁸ уговор који је закључен без пријаве и одобрења надлежног органа друштва је рушљив, за разлику од Закона о привредним друштвима из

⁵ М. Мићовић, *Привредно право*, Крагујевац, 2016, 57.

⁶ ЗПД, чл. 67 ст. 1.

⁷ Б. Михајловић, *Дужност лојалности према привредном друштву*, докторска дисертација одбрањена на Правном факултету Универзитета у Крагујевцу, 2018, 233.

⁸ *Службени гласник Републике Србије*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 – др. закон, 5/2015 и 44/2018.

2004. године, који је прописивао ништавост тог уговора. Рушљивост подразумева да уговор производи правно дејство, ако привредно друштво не искористи правно средство, односно не поднесе тужбу за поништај.

У оквиру кривичне одговорности, треба разликовати кривична дела предвиђена Кривичним закоником Републике Србије (у даљем тексту: КЗ)⁹ и она предвиђена ЗПД-ом. КЗ-ом су, као посебна група кривичних дела, регулисана кривична дела против привреде. Повреда дужности пријављивања, у зависности од околности конкретног случаја, може чинити биће кривичног дела злоупотребе поверења у обављању привредне делатности или злоупотребе положаја одговорног лица (међу кривичним делима предвиђеним КЗ-ом).¹⁰ ЗПД познаје кривично дело закључења правног посла или предузимања радње у случају постојања личног интереса. Лице које има посебну дужност према друштву извршило је кривично дело закључења правног посла или предузимања радње у случају постојања личног интереса ако: 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, у намери да то друштво закључи уговор или предузме радњу у којој ће претрпети штету.¹¹ Дакле, оно што разликује ово кривично дело од „обичне“ повреде дужности пријављивања је постојање намере предузимања посла или радње који су штетни за друштво. У случају постојања овог кривичног дела предвиђена је новчана казна или затвор до једне године, уз постојање квалификованог облика (ако друштво претрпи штету која превазилази десет милиона динара) са још ригорознијим казнама (затвор од шест месеци до пет година и новчана казна).¹² Уз казну затвора суд може учиниоцу изрећи забрану обављања функције, односно позива, у складу са КЗ-ом.¹³

До усвајања измена ЗПД из јуна 2018. године, које су основни предмет овог рада, српско компанијско право није познавало ниједан облик статусне одговорности за повреду дужности пријављивања. Оно је, пак, познавало поједине облике статусне одговорности за повреду других посебних дужности према привредном друштву (дужност чувања пословне тајне и дужност поштовања забране конкуренције), као што су искључење из друштва, раскид радног односа и мера забране обављања делатности. Након измена из јуна 2018. године, српско право заузима другачији приступ у правном регулисању статусне одговорности за повреду посебних дужности. Промена приступа подразумева укидање свих раније постојећих видова статусне одговорности,

⁹ *Службени гласник Републике Србије*, бр. 85/2005, 88/2005 - испр., 107/2005 - испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 и 94/2016.

¹⁰ Види КЗ, чл. 224а и чл. 227.

¹¹ ЗПД, чл. 582 ст. 1.

¹² ЗПД, чл. 582 ст. 2.

¹³ ЗПД, чл. 582 ст. 3.

Борко Михајловић, Дисквалификација члана управе привредног друштва: нова санкција за повреду дужности ... (стр. 81-90)

осим искључења члана друштва, и увођење једног новог облика те одговорности, који суштински представља институт добро познат у упоредном праву – дисквалификацију члана управе привредног друштва. Промена се огледа и у чињеници да се нови вид статусне одговорности примењује само на повреду дужности пријављивања послова и радњи са личним интересом.

III О ДИСКВАЛИФИКАЦИЈИ ЧЛАНА УПРАВЕ ПРИВРЕДНОГ ДРУШТВА

Дисквалификацијом се лицу које управља привредним друштвом (непосредно или посредно) забрањује да обавља исте или сличне послове на тржишту у одређеном, законом дефинисаном, временском периоду.¹⁴ Она се примењује само у случајевима озбиљних повреда посебних дужности према привредном друштву, које су резултат несавесног, непоштеног, немарног или нестручног понашања лица са дужностима, као и случајевима када су последице описаних понашања тих лица изузетно негативне по друштво. Ово је разумљиво јер се ради о санкцији чија су тежина и оштрина посебно изражене по члана управе друштва и на његов будући положај и репутацију у пословном свету. Иако је трајање санкције дисквалификације временски ограничено, њено дејство се суштински протеже на период, који је знатно дужи од њеног законског времена трајања, а њено изрицање неретко представља „крај“ пословне каријере лица на које је та санкција примењена. Основне претпоставке за законско регулисање дисквалификације подразумевају одређење законодавца у погледу предмета забране обухваћене дисквалификацијом, субјеката на које се дисквалификација примењује, разлога за њено наметање, као и рока трајања дисквалификације. Наведене претпоставке, односно елементе института дисквалификације анализираћемо у овом делу рада првенствено из угла британског права, у којем је тај институт посебно развијен.¹⁵ О значају дисквалификације у Великој Британији најбоље говори чињеница да је она предмет посебног закона, који је усвојен 1986. године (*Company Directors Disqualification Act*).¹⁶

Предмет санкције дисквалификације начелно обухвата забрану обављања послова управљања и пословођења привредним друштвом.¹⁷ У британском праву се дисквалификованом директору забрањује обављање функције директора, управљање имовином друштва, обављање делатности стечајног

¹⁴ В. Радовић, *О оправданости прихватања института дисквалификације директора*, Право и привреда, бр. 1-3, 2010, 26-27.

¹⁵ О појединим случајевима примене мере дисквалификације у британској судској пракси види: V. Finch, *Disqualification of Directors: a Plea for Competence*, *The Modern Law Review*, бр. 3, 1990, 385-391.

¹⁶ Закон о дисквалификацији директора компаније Велике Британије из 1986. године, доступно на: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1986/46/contents>.

¹⁷ В. Радовић, *op. cit.*, 36.

управника, као и учествовање на било који начин, непосредно или посредно, у оснивању или управљању друштвом.¹⁸ Последње наведена забрана чини предмет забране дисквалификације у британском праву веома широким јер њена примена за последицу може да има немогућност обављања било које привредне делатности од стране дисквалификованог директора кроз оснивање неке од правних форми привредних друштава, као најзначајнијих организационих облика за обављање те делатности.

Круг субјеката на које се дисквалификација примењује, такође, је једно од питања која би требало да буду регулисана законом којим се установљава наметање санкције дисквалификације. Круг субјеката дисквалификације обухвата увек директоре привредног друштва у најширем смислу овог појма (извршне и неизвршне директоре, чланове одбора директора, надзорног одбора, генералног директора). И код одређивања субјеката дисквалификације постоји извесна дилема о потреби њене примене на фактичке директоре и директоре из сенке.¹⁹

У зависности од разлога за дисквалификацију и постојања, односно непостојања дискреционог овлашћења надлежног органа да донесе одлуку о дисквалификацији када тај разлог наступи, разликујемо дискрециону, обавезну и аутоматску дисквалификацију. Дискрециона дисквалификација подразумева слободу надлежног органа да одреди санкцију дисквалификације када постоји унапред прописан разлог или околност, који може да представља „окидач“ за дисквалификацију.²⁰ Обавезна дисквалификација не оставља слободу надлежном органу у погледу одређивања санкције дисквалификације када постоји разлог за дисквалификацију, али код ове врсте дисквалификације одлука надлежног органа је предуслов за њену примену и тај орган има извесна овлашћења у вези са садржином одлуке (најчешће у погледу дужине трајања изречене санкције).²¹ На крају, аутоматска дисквалификација подразумева наступање те санкције по сили закона, без потребе за доношењем одлуке било ког органа.²² Најбројнији списак разлога и околности за дисквалификацију предвиђен је у британском праву. Ради се о следећим разлозима и околностима: извршење кривичног дела у вези са оснивањем, управљањем или ликвидацијом друштва; континуирано неиспуњавање обавеза друштва у вези са објављивањем информација, тј. достављањем потребне документације регистру привредних субјеката; постојање одговорности за преварно трговање, противправно трговање или за било коју другу превару у вези са друштвом или за поступање противно дужностима, под условом да је то

¹⁸ Закон о дисквалификацији директора компаније Велике Британије из 1986. године, чл. 1 ст. 1.

¹⁹ Види: В. Радовић, *op. cit.*, 40-41.

²⁰ *Ibid.*, 41.

²¹ *Ibid.*

²² *Ibid.*

утврђено у поступку престанка друштва; поступање противно неким нормама права конкуренције; лице у стечајном поступку није ослобођено одговорности за плаћање преосталих обавеза; недостојност директора за обављање дужности управљања друштвом.²³ Овде ваља нагласити да разлози за дисквалификацију често настају у периоду када је привредно друштво у финансијској кризи, односно када се „приближава“ стечају. Зато се дисквалификација често посматра као један од инструмената за санкционисање несавесног и непоштеног поступања чланова управе привредног друштва у том периоду пословања привредног друштва.²⁴

Време трајања дисквалификације може бити фиксирано, односно законодавац може унапред прописати дужину трајања санкције дисквалификације, што је типично за систем аутоматске дисквалификације. У систему дискреционе или обавезне дисквалификације, законодавац најчешће одређује максимално време трајања забране (обично од пет до 20 година), остављајући слободу надлежном органу да процени оптималну дужину трајања забране у складу са околностима учињене повреде и другом околностима случаја.²⁵

IV ДИСКВАЛИФИКАЦИЈА КАО САНКЦИЈА ЗА ПОВРЕДУ ДУЖНОСТИ ПРИЈАВЉИВАЊА ПОСЛОВА И РАДЊИ СА ЛИЧНИМ ИНТЕРЕСОМ

И српски ЗПД прописује предмет, субјекте, разлоге и време трајања санкције дисквалификације, као основне елементе неопходне за целовито регулисање тог института.

Забрана као предмет санкције дисквалификације обухвата немогућност обављања послова директора, чланова надзорног одбора, заступника и прокуриста привредног друштва у законом прописаном периоду. Ова забрана значајно је ужа од оне која постоји у британском праву јер је ограничена на обављање послова управљања и заступања привредних друштава. Дисквалификовано лице неспорно може да има својство оснивача или члана привредног друштва, чиме се не задире у његову слободу обављања привредне делатности. Овако одређен предмет забране може се сматрати разумним и добро избалансираним. Њиме се постижу основни циљеви дисквалификације:

²³ Закон о дисквалификацији директора компаније Велике Британије из 1986. године, чл. 9-12.

²⁴ Т. Reker, *Unqualified Directors in Insolvency: A Comparative Study on the Desirability of Civil Law Directors' Disqualification in the Netherlands*, *International Insolvency Review*, бр. 23, 2014, 145-146; S. Wheeler, *Director's Disqualification: Insolvency Practitioners and the Decision-Making Process*, *Legal Studies*, бр. 2, 1995, 283. Б. Михајловић, *Посебне дужности у периоду ризика од стечаја*, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 3, 2019, 218-219.

²⁵ Види: В. Радовић, *op. cit.*, 47-48.

адекватна и реална претња строгом санкцијом (*ex ante* ефекат) и привремено искључење из обављања одређених послова у привредним друштвима и трајни утицај на пословну репутацију (*ex post* ефекат).²⁶ Репресивни ефекат дисквалификације појачан је образовањем посебне Централне евиденције привремених ограничења права лица регистрованих у Агенцији за привредне регистре и прописивањем обавезе суда да по правноснажности достави судску одлуку о дисквалификацији Агенцији за привредне регистре.²⁷

Субјекти дисквалификације нису сва лица са посебним дужностима у српском компанијском праву, већ само директори, чланови надзорног одбора, заступници и прокуристи. И ово решење домаћег закона може се сматрати логичним и разумљивим, имајући у виду чињеницу да се институт дисквалификације најчешће везује за директоре, као најзначајније субјекте посебних дужности. Напред поменута дилема о могућности примене дисквалификације на фактичке директоре и директоре из сенке нема значаја за српско право, које не познаје ове две врсте директора. Остаје отворено питање потребе примене дисквалификације на чланове привредног друштва који су субјекти посебних дужности, при чему треба посебно имати у виду чињеницу да се чланови у малим и средњим привредним друштвима неретко налазе у улози прекршиоца дужности пријављивања, у намери незаконитог или преварног присвајања имовине привредног друштва.

ЗПД прихвата обавезну дисквалификацију, а као разлог за њено наступање предвиђа повреду дужности пријављивања послова и радњи са личним интересом од стране једног од субјеката на које се анализирана санкција примењује. За наступање дисквалификације у српском праву неопходна је одлука суда, али суд ту одлуку мора да донесе увек када утврди постојање повреде дужности пријављивања од стране директора, чланова надзорног одбора, заступника и прокуриста.²⁸ Повреда дужности пријављивања у основи може настати на два начина: 1) погрешним утврђивањем непостојања посла или радње са личним интересом (у складу са појмом послова и радњи са личним интересом дефинисаним у чл. 65 ст. 3. ЗПД-а), до којег је дошло намерно или ненамерно, што резултира непријављивањем тог посла или радње; 2) пријављивањем посла или радње са личним интересом надлежном органу привредног друштва, али уз необавештавање истог о свим чињеницама значајним за доношење одлуке о одобравању посла или радње.²⁹

ЗПД-ом је одређено и време трајања дисквалификације. Мера привременог ограничења вршења функције директора, члана надзорног одбора, заступника и прокуристе привредног друштва траје 12 месеци. Време трајања

²⁶ R. Williams, *Disqualifying Directors: a Remedy Worse than the Disease*, Journal of Corporate Law Studies, бр. 2, 2007, 242.

²⁷ ЗПД, чл. 67 ст. 3.

²⁸ ЗПД, чл. 67 ст. 2.

²⁹ ЗПД, чл. 67 ст. 1.

дисквалификације одређено је императивном нормом, што значи да суд не може да прилагоди време трајања санкције природи и тежини учињене повреде. Овде треба приметити да је време трајања дисквалификације у нашем праву значајно краће од потенцијалног времена њеног трајања у упоредном праву (максимално време трајања креће се од пет до 20 година).

V ЗАКЉУЧАК

Изменама ЗПД-а из јуна 2018. године прописана је дисквалификација директора, чланова надзорног одбора, заступника и прокуриса привредног друштва, као нови облик статусне одговорности за повреду дужности пријављивања послова и радњи у којима постоји лични интерес. Ова новина свакако се, начелно, може оценити као позитивна мера, која би могла да допринесе јачању поштовања дужности пријављивања. Ипак, постојећем законском решењу може се упутити неколико замерки, које могу ослабити позитивне ефекте уведене новине:

- рок трајања дисквалификације је беспотребно фиксиран, с обзиром на то да суд нема могућност да дужину трајања дисквалификације прилагоди околностима конкретног случаја, које се првенствено огледају у природи и тежини учињене повреде; неки од критеријума за утврђиве дужине трајања санкције могли би да буду вредност предузетог посла или радње, значај имовине која је предмет посла или радње за пословање привредног друштва, штета за привредно друштво која је настала предузимање посла или радње са личним интересом итд.;

- рок трајања дисквалификације је, такође, превише кратак, имајући у виду постојећа упоредноправна решења;

- искључење примене санкције дисквалификације на чланове привредног друштва који су субјекти посебних дужности потенцијално може да доведе до знатног сужавања примене те нове санкције, имајући у виду да су управо чланови друштва често прекршиоци дужности пријављивања, а чак и када они то нису директно, они могу имати улогу и учешће у тој повреди индиректно, вршењем утицаја на чланове управе друштва.

На крају, остаје спорно и то зашто се законодавац определио за увођење санкције дисквалификације само за случај повреде дужности пријављивања послова и радњи у којима постоји лични интерес, а не и за случај повреде дужности избегавања сукоба интереса, која иако неспорно другачија, има бројне заједничке особине са дужношћу пријављивања. И повредом дужности избегавања сукоба интереса долази до незаконитог присвајања имовине привредног друштва (али и информација и пословних могућности), па се чини оправданим примена санкције дисквалификације и на одређена лица са дужностима која изврше повреду те дужности.

Borko Mihajlović, LL.D*

DISQUALIFICATION OF THE COMPANY'S MEMBER OF MANAGEMENT: NEW SANCTION FOR THE BREACH OF DUTY TO REPORT BUSINESSES AND ACTS IN WHICH EXISTS PERSONAL INTEREST IN THE SERBIAN LAW

Summary

Amendments and supplements of the Serbian Company Law from June 2018 have significantly influenced the duty to report businesses and acts in which exists personal interest, which represents one of the five special duties towards the company, according to the Serbian company law. One of the major novelties in the legal regulation of the duty to report concerns the legal consequences of the breach of this duty, which become more stringent to some of the subjects of this duty. The breach of the duty to report conducted by a director, member of supervisory board, agent, or procurator of the company, according to mentioned amendments of the Serbian Company Law from 2018, has a new form of status liability – disqualification. The subject of this paper is a short analysis of the legal regulation of disqualification of certain subjects of special duties towards the company, in the case of breach of the duty to report businesses and acts in which exists personal interest. Prior to the analysis of the current legal regulation, the author will briefly turn to the remaining consequences of the breach of the duty to report (civil and criminal), as well as to the notion and types of disqualification in the comparative law, aiming to determine the position of disqualification comparing to the remaining legal consequences of the breach of the duty to report, and to some more important comparative solutions.

Key words: *duty to report businesses and acts in which exists personal interest, special duties towards company, disqualification of the company's member of management, reasons for disqualification, period of disqualification.*

* Assistant Professor, Faculty of Law, University of Kragujevac.