

Др Борко Михајловић, ванредни професор
Правног факултета Универзитета у Крагујевцу
ORCID: 0000-0002-9825-4636

Прегледни научни рад
УДК: 347.72:658.14
DOI: 10.46793/7623-143-0.593M

ПРИМЕНА ПОСЕБНИХ ДУЖНОСТИ ПРЕМА ПРИВРЕДНОМ ДРУШТВУ НА РАЗЛИЧИТЕ ВРСТЕ ДИРЕКТОРА*

Резиме

Директори привредног друштва уобичајено се сматрају најважнијим носиоцима посебних дужности према друштву. И док се питање потребе додељивања посебних дужности директорима никада није постављало, донекле је спорно питање обима примене дужности на различите врсте директора. Зато се поставља питање да ли баи свако лице које је директор треба да буде носилац дужности према друштву, а у вези са тим и питање да ли нека од лица која формално - правно нису директори треба да буду носиоци дужности, ако су њихова овлашћења и утицај на управљање и пословање друштва слични овлашћењима која имају лица која су формално - правно изабрана за директора. Основни предмет овог рада управо је тражење одговора на то питање кроз анализу евентуалних посебности у примени института посебних дужности према привредном друштву на различите врсте директора. Аутор у раду анализира примену посебних дужности на *de facto*, *de jure* и директоре у сенци, као и на извршне и неизвршне директоре, генералног директора и председника одбора директора, а у завршном делу рада дат је кратак осврт на специфичности регулисања правног положаја извршних директора у америчком праву.

Кључне речи: директор привредног друштва, посебне дужности према привредном друштву, врсте директора привредног друштва, директор у сенци, извршни директор.

* Рад је резултат научноистраживачког рада аутора у оквиру Програма истраживања Правног факултета Универзитета у Крагујевцу за 2024. годину, који се финансира из средстава Министарства науке, технолошког развоја и иновација Републике Србије и проистекао је из необјављене докторске дисертације аутора "Дужност лојалности према привредном друштву", одбрањене 2018. године на Правном факултету Универзитета у Крагујевцу.

1. Увод

Директори, као лица која воде пословање друштва и иступају као његови законски заступници у правном промету, несумњиво припадају кругу лица која имају посебне дужности према привредном друштву. Нераскидива је повезаност института посебних дужности и директора привредног друштва. Директори привредног друштва су најважнији субјекти свих посебних дужности, а оне су према њима, као субјектима, најизраженије, најинтензивније, најстроже. Ове чињенице потпуно елиминишу питање „постоји ли потреба да се директори сматрају носиоцима дужности према привредном друштву“. У англосаксонском праву се управо однос између директора и привредног друштва сматра полазном основом приликом анализе фидуцијарних односа у компанијском праву, па се назива и „парадигматичним фидуцијарним односом“.¹ Ипак, постоје неке дилеме и када су у питању директори као носиоци дужности у привредном друштву, а које су последица чињенице да постоје различите врсте директора, односно да директори могу имати различита овлашћења, али и да њихов правни и фактички однос са друштвом може бити различит. Зато се поставља питање да ли баш свако лице које је директор треба да буде носилац дужности према друштву, а у вези са тим и питање да ли нека од лица која формално - правно нису директори треба да буду носиоци дужности, ако су њихова овлашћења и утицај на управљање и пословање друштва слични овлашћењима која имају лица која су формално - правно изабрана за директора. Основни предмет овог рада управо је тражење одговора на то питање кроз анализу евентуалних посебности у примени института посебних дужности према привредном друштву на различите врсте директора.

2. *De jure, de facto* и директори у сенци

У упоредном праву постоји подела на *de jure* директоре, *de facto* директоре и директоре у сенци, и та подела има највећи правни значај за питање носилаца посебних дужности, које је предмет овог рада.

De jure директор је лице које је ваљано изабрано за директора привредног друштва у складу са законом, оснивачким актом и/или статутом и као такво регистровано у одговарајућем регистру привредних субјеката.

¹ Miller, P., *A Theory of Fiduciary Liability*, McGill Law Journal, бр. 2/2011, стр. 243-245; Conaglen, M., *Fiduciary Loyalty – Protecting the Due Performance of Non-Fiduciary Duties*, Oxford, Portland, 2010, стр. 10; Shepherd, J.C., *The Law of Fiduciaries*, Toronto, 1981, стр. 49; Cooter, R., Freedman, B., *The Fiduciary Relationship: Its Economic Character and Legal Consequences*, *New York University Law Review*, бр. 66/1991, стр. 1051; Мићовић, М., *Фидуцијарне дужности и одговорност*, Зборник радова: Правна мисао у срцу Шумадије, Крагујевац, 2012.

De facto директор је лице које унутар привредног друштва, али и у правном промету (према трећим лицима) иступа као директор друштва, иако није извршен правно ваљан избор тог лица за директора. Да би се неко лице сматрало *de facto* директором неопходно је постојање и интерног и екстерног елемента поступања. У британској судској пракси наглашено је да је *de facto* директор лице које преузима функције и статус директора, лице које извршава оне послове који могу бити вршени искључиво од стране директора.² Није довољно да лице само иступа у правном промету као директор, већ је критично питање да ли је то лице део структуре корпоративног управљања привредног друштва.³ У судској пракси Велике Британије постоји неколико критеријума значајних за утврђивање да ли је неко лице *de facto* директор: да ли то лице према трећим лицима иступа као директор, да ли то лице користи титулу „директор“, да ли то лице има ваљане информације на којима заснива своје одлуке, да ли то лице доноси кључне одлуке.⁴ У случају *Re Hydrodan de facto* директор дефинисан је као лице које преузима обављање послова у делокругу директора; лице које је истакнуто од стране компаније као директор, тврди да је директор и понаша се тако, иако никада није стварно или ваљано изабрано за директора; да би се установило да је неко лице *de facto* директор компаније неопходно је да наведе и докаже да је преузело функције у вези са компанијом које вероватно могу бити вршене само од стране директора.⁵ *De facto* директори се могу поделити у две групе. Једну групу чине они *de facto* директори чији формални избор за директора јесте извршен, али није био правно ваљан.⁶ Разлог постојања *de facto* директора често је то што у моменту избора тог лица за директора нису били испуњени сви услови (формални и/или материјални) за његов избор. Могуће је да ни лица која чине орган надлежан за избор директора (скупштина или надзорни одбор), као ни сам фактички директор, у тренутку избора нису била свесна о непостојању свих услова за избор. Другу групу *de facto* директора чине они чији избор никада није био ни покушан, али та лица ипак иступају унутар друштва и у правном промету као директори друштва.⁷

Директори из сенке (енг. *shadow directors*) су лица која не иступају ни унутар друштва ни у правном промету као директори, али на неки други начин остварују значајан утицај на управљање и пословање привредног друштва, који им даје извесан степен фактичке контроле, сличан овлашћењима која обично имају лица која су директори друштва. Британским компанијским законом

² *Re Hydrodan (Corby) Ltd 1994*, наведено према: Keay, A., *Directors' Duties*, Bristol, 2014, стр. 13.

³ *Исто*, стр. 13-14.

⁴ *Исто*, стр. 14.

⁵ *Re Hydrodan (Corby) Ltd (1994)*, наведено према: *Ibid.*, стр. 13.

⁶ Gerner-Beuerle, C., Paech, P., Schuster, E.P., *LSE Study on Directors Duties and Liabilities*, London, 2013, стр. 54.

⁷ *Исто*, стр. 55; Keay, A., *нав. дело*, стр. 13.

(*Companies Act 2006*; у даљем тексту: *СА*)⁸ прихваћено је постојање директора из сенке, који је дефинисан као „лице у складу са чијим упутствима или налозима директори компаније уобичајено поступају“.⁹ Неће се сматрати директором из сенке лица у складу са чијим саветима поступају директори, у ситуацијама у којима је савет дат у вези са професионалном делатношћу даваоца савета.¹⁰ Тиме је искључена могућност да се професионални саветници, попут адвоката, рачуновођа, ревизора, сматрају директорима из сенке. Ово изузеће је проширено изменама британског законодавства из 2015. године и на лица која обављају законом установљене функције. Сврха постојања директора из сенке је утврђивање лица која имају стварни утицај на пословање компаније.¹¹ Питање директора из сенке обично се доводи у везу са групама привредних друштава и питањем да ли посебне дужности према зависном друштву треба наметнути контролном друштву као члану зависног друштва. Чини се да се у британском праву и судској пракси све више губи разлика између концепта *de facto* директора и концепта директора из сенке.¹² Практично посматрано, директор из сенке, барем потенцијално, има већу моћ од *de facto* директора, с обзиром да *de facto* директори иступају као и сви други директори појединци, што значи да они могу бити надгласани од осталих чланова одбора директора, док директори у сенци, по дефиницији, морају поседовати контролу над већином чланова одбора директора.¹³

De jure директори увек су носиоци дужности лојалности. Већина европских законодавстава не регулише законски *de facto* директоре и директоре из сенке. Изузеци су Велика Британија, Шпанија и Чешка.¹⁴ Питање да ли су *de facto* директори и директори из сенке носиоци дужности лојалности тако је обично препуштено правној теорији и судској пракси. Одговор је најчешће позитиван када је реч о првој групи *de facto* директора (директори чији је формални избор за директора извршен, али није био правно ваљан), док за другу групу *de facto* директора (директори чији избор никада није био ни покушан) и директоре из сенке не постоји јединствен одговор у упоредном праву.¹⁵ Када је реч о фидуцијарним дужностима *de facto* директора чији избор

⁸ Закон о компанијама Велике Британије (*Companies Act 2006*), доступно на: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/contents>, 12.08.2017.

⁹ СА, чл. 251 ст. 1.

¹⁰ СА, чл. 251 ст. 2.

¹¹ Keay, A., *нав. дело*, стр. 17.

¹² Moore, C., *Obligations in the Shade: the Application of Fiduciary Directors' Duties to Shadow Directors*, *Legal Studies*, бр. 2/2016, стр. 344; Keay, A., *нав. дело*, стр. 21.

¹³ Moore, C., *нав. чланак*, стр. 345.

¹⁴ У чешком праву *de facto* директор дефинисан је као лице које на основу уговора, поседовања удела/акција друштва или на било који други начин има „суштински утицај“ на пословање компаније, без обзира на то што није изабрано за директора (наведено према: Gerner-Beuerle, C., Paech, P., Schuster, E.P., стр. 47-48.)

¹⁵ Исто, стр. 55.

никада није био ни покушан, на једној страни су земље које законски регулишу појам *de facto* директора, и у њиховим законодавствима и судској пракси одговорност *de facto* директора је иста као и одговорност *de jure* директора (Велика Британија,¹⁶ Шпанија и Чешка). Исто правило важи и за неке земље у којима је концепт *de facto* директора развијен кроз судску праксу (Шведска, Луксембург). У немачкој и аустријској судској пракси *de facto* директори обично нису носиоци истих дужности као и *de jure* директори, али постоје и неки посебни случајеви у којима они могу бити одговорни, као што је случај пропуштања покретања стечајног поступка или одговорност за крајње нехатно трошење средстава друштва које је у „близини“ стечаја.¹⁷ Слично Немачкој и Аустрији, и у Француској је одговорност *de facto* директора иста као и одговорност *de jure* директора у случају када је друштво инсолвентно.¹⁸

Још веће разлике и нејасноће постоје поводом питања одговорности директора из сенке, које се обично своди на одговорност контролног друштва или директора контролног друштва према зависном друштву. У појединим земљама контролни члан или „друштво мајка“ практично никада неће одговарати за вршење контроле над „друштвом кћерком“ или „друштвом унуком“, док су на другој страни правни системи у којима је таква врста одговорности знатно реалнија, поготово ако се зависно друштво налази у стечају или његовој близини.¹⁹ У шпанском праву одговорност директора из сенке је генерално иста као и одговорност *de jure* директора и *de facto* директора. Када је реч о британском праву, које је посебно значајно у овој области, узимајући у обзир да су појам директора из сенке, као и бројне њихове обавезе, законски регулисани, не постоји јединствен одговор на питање да ли директори из сенке имају фидуцијарне дужности према друштву. У СА прописано је да се опште дужности примењују на директоре из сенке када и у мери у којој су оне примењиве.²⁰ Тиме је питање примењивости фидуцијарних дужности препуштено судској пракси, која је веома неуједначена по том питању.²¹ Тако постоји схватање према којем би директори из сенке требало да имају посебне дужности према друштву само у вези са упутствима или налозима које дају *de jure* директорима.²² И у правној литератури постоје различита схватања о овом питању. Са једне стране, наводе се аргументи у прилог постојању посебних дужности директора из сенке, као што је аргумент да није утемељено да директори који уобичајено поступају у складу са

¹⁶ Keay, A., *нав. дело*, стр. 16; Moore, C., *нав. чланак*, стр. 327.

¹⁷ Gerner-Beuerle, C., Paech, P., Schuster, E.P., *нав. дело*, стр. 45-49.

¹⁸ Исто.

¹⁹ Исто, стр. 55.

²⁰ СА, чл. 170 ст. 5.

²¹ О различитим ставовима о овом питању у британској и аустралијској судској пракси види: Keay, A., *нав. дело*, 19-20. Разлике су посебно изражене у два утицајна случаја *Ultraframe* и *Vivendi*.

²² *Vivendi SA vs. Richards* (2013).

упутствима и налозима директора из сенке имају посебне дужности, док они који дају та упутства и налоге немају посебне дужности.²³ Слично томе, узимајући у обзир да је директор у сенци, барем према *common law* правилима, кључна фигура у незваничној хијерархији компаније, на основу поседовања практичне, мада не формално - правне, контроле над одбором директора, сматра се да је изненађујуће да директори у сенци никада, за разлику од *de facto* директора, нису били изједначени у потпуности са концептом *de jure* директора.²⁴ Са друге стране су аргументи против постојања посебних дужности директора из сенке. Према овим схватањима, тврди се да је на *de jure* директорима, као субјектима дужности лојалности, да буду пажљиви и да не прате упутства лица која немају било какво право да утичу на пословање друштва, као ни обавезу лојалности према том друштву. Такође, ни само друштво не очекује лојално поступање од директора из сенке, већ само од *de jure* директора.²⁵

Српско право не познаје појмове *de facto* директора и директора из сенке. Ипак, када је реч о српском позитивном праву, из чл. 32 ст. 2 ЗПД може се индиректно извући закључак да су и *de facto* директори носиоци дужности лојалности према привредном друштву. Овим чланом предвиђено је да „ако друштво у континуитету прихвата да неко лице поступа као заступник на начин којим трећа лица доводи у уверење да има право на заступање, сматраће се да је друштво конклюдентно то лице овластило на заступање, осим ако друштво не докаже да је треће лице знало или морало знати за непостојање овлашћења за заступање“. Цитирана одредба ЗПД има шире подручје примене, јер се односи на све заступнике друштва. Њоме је, несумњиво, у погледу функције заступања, обухваћен и *de facto* директор.

Директори из сенке, такође, нису непосредно регулисани у српском праву. Већ је речено да се овај појам најчешће доводи у везу са групама привредних друштава и утицајем на пословање зависног друштва који врши контролно друштво. Домаће право делимично је решило ову ситуацију прописивањем посебних дужности према друштву члану ДОО/акционару који поседује значајно учешће у основном капиталу друштва и контролном члану ДОО/акционару. Ипак, дужности се односе само на лице које је члан зависног друштва, а директор из сенке може бити и лице које се налази „хијерархијски више“ у ланцу привредних друштава, па самим тим оно није члан контролисаног друштва (нпр. „друштво мајка“ није члан „друштва унуке“, већ само „друштва кћерке“). Приликом проналажења адекватног режима посебних дужности у групама друштава мора се водити рачуна и о принципу ограничене одговорности чланова, који би наметањем одговорности члановима друштва кроз ланац друштава могао бити угрожен. Још један проблем карактеристичан

²³ Keay, A., *нав. дело*, стр. 20.

²⁴ Moore, C., *нав. чланак*, стр. 330.

²⁵ Keay, A., *нав. дело*, стр. 20.

је за српски привредни живот и тржиште, а повезан је са концептом директора из сенке. Држава се често јавља као већински или мањински члан/акционар у великим привредним друштвима у нашој земљи. Политички утицај на пословање таквих привредних друштава често је значајан. Успостављање концепта директора из сенке и са њим повезаних посебних дужности према привредном друштву вероватно би довело, ако не до нестанка (што је идеално), онда макар до смањења ове негативне појаве.

3. Извршни и неизвршни директори

За разлику од поделе на *de jure*, *de facto* и директоре у сенци, коју не познаје, ЗПД познаје поделу на извршне и неизвршне директоре, и то када је реч о структури органа акционарских друштава која су се определила за једнодомну организацију управљања. Поред тога, ЗПД разликује и независне директоре, као и генералног директора и председника одбора директора. Поменуте врсте директора обавезан су део структуре органа јавних акционарских друштава. Извршни директори задужени су за свакодневно вођење послова друштва, обично су у радном односу са друштвом, са пуним радним временом. Неки од њих могу бити постављени на посебне позиције, као што је позиција финансијског директора, директора продаје, а из њихових редова обично се бира и тзв. први извршни директор (енг. *SEO – senior executive officer* или *CEO - chief executive officer*).²⁶ У већини случајева извршни директори располажу веома значајним овлашћењима. Према Закону о привредним друштвима Републике Србије (у даљем тексту: ЗПД),²⁷ извршни директори воде послове друштва и законски су заступници акционарског друштва, осим ако је статутом одређено да само поједини извршни директори заступају друштво.²⁸ Неизвршни директори нису ангажовани у привредном друштву на основу уговора о раду са пуним радним временом (немају статус запослених лица), а свакодневно управљање друштвом и вођење послова друштва није у домену њихове надлежности. Функцију неизвршног директора понекад обављају бивши извршни директори, који поседују посебна искуства и знања, али и лица која тренутно обављају послове извршног директора у неком другом друштву (у српском праву, једно лице не може имати статус директора акционарског друштва у више од пет друштава).²⁹ Циљ постављања таквих лица на положај неизвршног директора често је привлачење потрошача, купаца, инвеститора и повећање свеукупног угледа компаније на тржишту.³⁰

²⁶ Кеау, А., *нав. дело*, стр. 10.

²⁷ Сл. гласник РС, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 – др. закон, 5/2015, 44/2018, 95/2018, 91/2019 и 109/2021.

²⁸ ЗПД, чл. 388 ст. 1.

²⁹ ЗПД, чл. 382 ст. 3 тач. 1.

³⁰ Кеау, А., *нав. дело*, стр. 10.

Унутар друштва њихов задатак је надзор над радом извршних директора, а због заштите интереса чланова друштва. И према ЗПД, неизвршни директори надзиру рад извршних директора, а уз то и предлажу пословну стратегију друштва и надзиру њено извршавање.³¹ ЗПД - ом изричито је забрањено да неизвршни директори буду лица која су запослена у друштву.³²

Када је реч о извршним и неизвршним директорима као носиоцима посебних дужности, нема никакве дилеме да и једни и други имају посебне дужности према друштву у српском компанијском праву. Ипак, у примени посебних дужности свакако би требало узети у обзир природу и обим овлашћења извршних и неизвршних директора. Време, посвећеност и приступ информацијама о пословању друштва, по природи ствари, на страни су извршних директора, па се чини разумним да судови приликом примене посебних дужности имају „већа очекивања“ од њих. Ипак, такав виши ниво очекивања има смисла код примене дужности пажње, али не и код примене појавних облика дужности лојалности у српском праву. Више информација и више времена проведеног у друштву свакако и обезбеђују и захтевају већи степен пажње, односно правилније формирање „разумног уверења“ о томе какво поступање јесте у најбољем интересу друштва. Појавни облици дужности лојалности односе се на ситуације у којима директори поступају у пословима у којима постоји њихов лични интерес, сукоб интереса или када они одају пословну тајну друштва. За таква несавесна понашања није од значаја чињеница да ли је и у којој мери неизвршни директор упознат са пословањем друштва. Иза таквих понашања крије се намера присвајања користи за себе или повезана лица, па се она свакако сматрају повредама дужности лојалности. Изузетак је повреда дужности поштовања забране конкуренције, али и коришћење могућности за закључење посла који се укаже друштву, као један од облика повреде дужности избегавања сукоба интереса. Природа положаја неизвршних директора намеће ситуације у којима они заузимају исте или сличне позиције у конкурентским друштвима (а за то им је наравно увек потребно одобрење надлежних органа конкурентских друштава, и једног и другог). Слично томе, мањи степен повезаности неизвршних директора са привредним друштвом указује на могућност проналажења пословних прилика, које могу бити од интереса за друштво, а до којих су неизвршни директори дошли независно од свог положаја у друштву и за које се зато може сматрати да „припадају“ њима, а не друштву. Све речено за посебне дужности неизвршних директора важи и за дужности независних директора, регулисаних у чл. 392. ЗПД.

³¹ ЗПД, чл. 390 ст. 1.

³² ЗПД, чл. 391.

4. Генерални директор и председник одбора директора

Савремена правна литература познаје и мешовите системе корпоративног управљања (пored класичне поделе на једнодомне и дводомне системе управе), који се могу именовати као једнодомнопополни (енг. *one and a half tier system*) и дводомнопополни (енг. *two and a half tier system*) систем управе.³³ Ови мешовити системи одликују се истакнутом улогом тзв. првог извршног директора, односно генералног директора (користећи терминологију српског права) и/или председника одбора директора.

У домаћем праву функција генералног директора може постојати у акционарским друштвима на факултативној основи. Генерални директор у акционарским друштвима која су се определила за једнодомну организацију управљања је извршни директор који координира рад осталих извршних директора и организује пословање друштва.³⁴ У овим друштвима постојање функције генералног директора зависи, пре свега, од воље директора, који могу именовати једног од извршних директора овлашћених за заступање друштва за генералног директора. Иако то законом није изричито предвиђено, нема препрека да се ово питање статутом другачије уреди. У акционарским друштвима која су се определила за дводомну организацију управљања, овлашћење за именовање генералног директора има надзорни одбор.³⁵ У јавним акционарским друштвима то није само овлашћење (могућност), већ и обавеза надзорног одбора.³⁶

У акционарским друштвима која имају одбор директора, директори бирају једног од директора за председника одбора. У акционарским друштвима која нису јавна то може бити и лице које обавља функцију генералног директора, док је у јавним акционарским друштвима извршено раздвајање између функција генералног директора (увек неко од извршних директора) и председника одбора директора (увек неко од неизвршних директора).³⁷ Функција председника извршног одбора није изричито предвиђена законом, што је и логично с обзиром да је законом установљено да извршни одбор одлучује и поступа ван седница (правило), које се одржавају само ако постоји сагласност извршних директора по одређеном питању (изузетак).³⁸ У тим изузетним случајевима седницама извршног одбора по самом закону председава генерални директор.³⁹ Кодексом

³³ Васиљевић, М., *Корпоративно управљање – изабране теме*, Београд, 2013, стр. 153.

³⁴ ЗПД, чл. 389 ст. 2. и чл. 423 ст. 3.

³⁵ ЗПД, чл. 423 ст. 1.

³⁶ ЗПД, чл. 423 ст. 2.

³⁷ Упореди: ЗПД, чл. 389 ст. 1. и ЗПД, чл. 400 ст. 2.

³⁸ Види ЗПД, чл. 429.

³⁹ ЗПД, чл. 423 ст. 4.

корпоративног управљања Привредне коморе Србије (у даљем тексту: ККУ)⁴⁰ препоручено је да друштва треба да установе јасно разграничење одговорности између председника одбора директора и генералног директора.⁴¹

Према српском ЗПД, генерални директор и председник одбора директора несумњиво су носиоци посебних дужности према друштву. Постоји ли, пак, посебан режим процењивања усклађености понашања ових директора са посебним дужностима и у вези са тим, посебан режим одговорности у случају повреде неке дужности? Кренимо од генералног директора. Имајући у виду истакнуту улогу коју у сваком акционарском друштву има генерални директор, реално је очекивати да се у судској пракси установи стандард понашања који захтева већу посвећеност генералног директора интересу привредног друштва у односу на остале директоре. Ово посебно важи у ситуацијама у којима долази до сједињавања улога генералног директора и председника одбора директора (што је у српском праву могуће у нејавним акционарским друштвима, као и у свим акционарским друштвима која су се определила за дводомну организацију управљања). Председник одбора директора, када није истовремено и генерални директор, само је „први међу једнакима“, његова улога је у извесном смислу резидуална и супсидијарна.⁴² Ипак, не сме се занемарити да и у српском праву, као и у неким упоредним правима, председник одбора директора има значајно овлашћење одлучујућег гласа, ако су гласови директора при одлучивању једнако подељени и ако статутом или пословником о раду одбора директора није другачије одређено.⁴³ Исто право има и генерални директор у дводомној организацији управљања, при чему је то његово право апсолутно, односно не може бити ограничено или искључено аутономним актима друштва.⁴⁴ Председник одбора директора, као „први међу једнакима“ нема и не треба ни да буде субјекат појачаних посебних дужности, као ни ригорознијих стандарда понашања приликом примене тих дужности. Институт одлучујућег гласа председника одбора директора, као и постојање значајног фактичког утицаја генералног директора на управљање и пословање друштвом треба посматрати у контексту могућег утицаја који та лица могу да остваре на друга лица са посебним дужностима (пре свега, на друге директоре, можда и на већинске или контролне чланове). Постојање тог утицаја може бити од значаја у споровима због повреде посебних дужности тих других лица, приликом утврђивања да ли је дошло до повреде неког од облика дужности лојалности

⁴⁰ Сл. гласник РС, бр. 99/2012.

⁴¹ ККУ (принцип 16); о аргументима за и против раздвајања функција генералног директора и председника одбора директора, види: Васиљевић. М., *нав. дело*, стр. 160-161.

⁴² Васиљевић. М., *нав. дело*, стр. 161.

⁴³ ЗПД, чл. 406 ст. 2.

⁴⁴ ЗПД, чл. 429 ст. 4.

према друштву, и евентуалног учешћа генералног директора или председника одбора директора у тој повреди.

5. Посебна улога извршних директора (*officers*) у америчком праву

Питање одговорности извршних директора (енг. *officers*), а пре свега тзв. првих извршних директора, посебно је актуелно у америчкој правној теорији и судској пракси. Разлика која се у америчком праву прави између појмова *director* и *officer* слична је, али не и истоветна, разлици између неизвршних и извршних директора у српском праву. Џонсон и Милон директоре и извршне директоре сматрају кључним субјектима у систему корпоративног управљања, а разлику између њих описују на следећи начин: извршни директори (*officers*) су задужени за свакодневно вођење послова корпорације, док директори „са удаљености“ надзиру пословање корпорације.⁴⁵ Исти аутори наводе и следеће разлике: директоре бирају и могу да разреше акционари (кроз рад скупштине), док су извршни директори лица која могу бити именована и разрешена само од стране директора. Однос између корпорације и извршних директора је однос заступања, тј. однос између принципала и агента. У америчком законодавству, појмом „извршни директори“ означавају се лица којима су њихове функције и дужности поверене аутономним актима корпорације или одлукама одбора директора.⁴⁶ У америчкој судској пракси наводи се да се овај појам односи на лица којима су поверене административне и извршне функције, а не односи се на оне којима није поверена слободна процена или одређени степен дискреције у вези са корпоративним питањима.⁴⁷ Природа односа између директора и извршних директора је таква да директори (односно одбор директора), као лица изабрана од стране акционара да управљају пословањем друштва, делегирају значајан део својих овлашћења управљања друштвом на друга лица, и то најчешће извршним директорима.⁴⁸ То се дешава у јавним акционарским друштвима, у којима директори због сложености послова нису у могућности да самостално обављају све послове управљања друштвом. Временом, делегација овлашћења постала је толико уобичајена да је доминантни модел корпоративног управљања у САД постао онај у којем најважнију улогу имају извршни директори, а одбор директора, акционари и спољни

⁴⁵ Jonhson, L., Millon, D., *Recalling why Corporate Officers are Fiduciaries*, William & Mary Law Review, бр. 5/2005, стр. 1601.

⁴⁶ Закон о корпорацијама Делавера, чл. 142 (a).

⁴⁷ Gilchrist Sparks III, A., Hamermesh, L., *Common Law Duties of non - Director Corporate Officers*, The Business Lawyer, бр. 1/1992, стр. 216.

⁴⁸ Jonhson, L., Millon, D., *нав. чланак*, стр. 1607.

саветници постају подређени првом извршном директору (*CEO* или *SEO*).⁴⁹ Први извршни директори постају најутицајније личности у акционарским друштвима, њихова моћ и овлашћења постају све већа и снажнија, а одбор директора све више постаје орган надзора, са примарним циљем надгледања рада првог извршног директора и осталих извршних директора који у пракси воде послове друштва и управљају њиме.⁵⁰ Међутим, савремена корпоративна пракса паралелно са повећањем утицаја првих извршних директора, али и других извршних директора, показује тенденцију све слабијег вршења контроле над њиховим радом од само декларативно надређеног одбора директора. Први извршни директори тако, захваљујући свом утицају и улози у корпоративној хијерархији, све чешће остају изван домена надзора одбора директора, који губи своју централну улогу у систему корпоративног управљања.

Узимајући у обзир напред изнето, питање посебних дужности првих извршних директора и осталих извршних директора изазива велику пажњу у америчкој правној литератури. Разлог је тај што је концепт посебних дужности првих извршних директора посебно неразвијен у судској пракси америчких судова (чак и у Делаверу), што се тај концепт врло ретко примењује, иако су незаконити, несавесни и нелојални поступци првих извршних директора нераскидиво повезани са бројним корпоративним скандалима.⁵¹ Неспорно је да извршни директори имају неки облик фидуцијарних дужности према друштву, а у судској пракси се често изједначавају дужности директора и извршних директора.⁵² Кључну одлуку по овом питању донео је Врховни суд америчке државе Делавер 2009. године, када је у случају *Gantler v. Stephens* суд изричито нагласио да извршни директори (*officers*), исто као и директори, имају фидуцијарне дужности пажње и лојалности, и да су њихове фидуцијарне дужности исте као и дужности директора.⁵³ У Америчком Измењеном модел закону о корпорацијама (у даљем тексту: МВСА)⁵⁴ истакнуто је да дужности имају само извршни директори који поседују дискрециона овлашћења.⁵⁵ Нека од спорних питања у вези са дужностима извршних директора су питање да ли

⁴⁹ Shaner, M., *The Un(enforcement) of Corporate Officers' Duties*, U.C. Davis Law Review, бр. 1/2014-2015, стр. 273.

⁵⁰ Исто, стр. 287-288.

⁵¹ Исто, стр. 276.

⁵² Jones, A., *Corporate Officer Wrongdoing and the Fiduciary Duties of Corporate Officers under Delaware Law*, American Business Law Journal, бр. 3/2007, стр. 479; Gilchrist Sparks III, A., Hamermesh, L., *нав. чланак*, стр. 217; Klein, W., Ramseyer, J.M., Bainbridge, S., *Business associations – cases and materials on agency, partnerships, and corporations*, New York, 2012.

⁵³ *Gantler v. Stephens*.

⁵⁴ Revised Model Business Corporation Act.

⁵⁵ Види: МВСА, чл. 8.42.

њихове дужности произилазе из права заступања (агенције) или извршни директори, попут директора, имају положај „квази трастија“, као и питање да ли извршни директори могу користити клаузуле о ограничењу или искључењу одговорности (попут оне коју предвиђа чл. 102(б)(7) Закона о корпорацијама америчке државе Делавер).⁵⁶ Ипак, најспорније питање повезано са фидуцијарним дужностима првих извршних директора и осталих извршних директора је питање да ли њихове дужности треба да буду снажније, односно да ли се на поменута лица примењује правило пословне процене (енг. *business judgment rule*). Хамермеш и Спаркс залажу се за примену правила пословне процене и на извршне директоре,⁵⁷ док Џонсон и Милон сматрају да снажна заштита коју директорима пружа ово правило не треба да се примењује и на извршне директоре, узимајући у обзир специфичности њиховог положаја (време које посвећују пословању друштва, приступ информацијама и сл.).⁵⁸ Дебату је, барем привремено, окончао већ поменути случај *Gantler v. Stephens* у корист примене правила пословне процене и на извршне директоре.

6. Закључак

Постојање различитих врста директора несумњиво утиче на обим примене појединих посебних дужности на поједине директоре. И док се највише теоријских расправа односи на потребу успостављања посебних дужности фактичких директора и директора из сенке, нема дилеме да на примену посебних дужности утиче и разликовање између извршних и неизвршних директора. Природа положаја и овлашћења извршних директора може имати практичног утицаја нарочито приликом примене посебне дужности пажње. Коначно, ни чињеница да ли директор има статус генералног директора или председника одбора директора није без значаја, а због чињенице да, у зависности од околности конкретног случаја, тај статус може бити праћен присуством појачаних посебних дужности и одговорности.

⁵⁶ Follett, M., *Gantler v. Stephens: Big Epiphany or Big Failure? A Look at the Current State of Officers' Fiduciary Duties and Advice for Potential Protection*, Delaware Journal of Corporate Law, бр. 2/2010, стр. 576-581.

⁵⁷ Gilchrist Sparks III, A., Hamermesh, L., *нав. чланак*, стр. 217.

⁵⁸ Jonhson, L., Millon, D., *нав. чланак*, стр. 1642-1643. Аутори полазе од поставке да фидуцијарне дужности извршних директора произилазе из права заступања. Њима директори поверавају део својих овлашћења и они онда иступају као агенти.

*Borko Mihajlović, Ph.D., Associate Professor
Faculty of Law, University of Kragujevac*

THE APPLICATION OF SPECIAL DUTIES TOWARDS COMPANY TO DIFFERENT TYPES OF DIRECTORS

Summary

Company directors are usually considered the most important holders of special duties towards a company. While the need to assign to them specific duties has never been contested, partially disputable is the question of the scope of application to the different types of directors. That is why the question has been posed of whether each person considered to be a director should owe duties to the company, as well as whether certain persons who in a formal legal sense are not directors should owe specific duties, provided that their competencies and influence on the management and business operations are similar to the competences that have persons formally appointed as directors. The main subject of this paper is exactly an investigation of this issue, conducted through the analysis of possible peculiarities in the application of specific duties towards a company on different types of directors. The author in the paper analyses the application of specific duties to de facto, de jure, and shadow directors, as well as on executive and non-executive directors, general director, and the chairman of the board of directors. In the final part of the paper, the author deals with the specifics of the legal regulation of executive directors in the United States law.

Key words: *company director, special duties towards company, types of company directors, shadow director, executive director.*

Литература

- Васиљевић, М., *Корпоративно управљање – изабране теме*, Београд, 2013.
Gerner-Beuerle, C., Paech, P., Schuster, E.P., *LSE Study on Directors Duties and Liabilities*, London, 2013.
Gilchrist Sparks III, A., Hamermesh, L., *Common Law Duties of non - Director Corporate Officers*, The Business Lawyer, бр. 1/1992.
Keay, A., *Directors' Duties*, Bristol, 2014.
Klein, W., Ramseyer, J.M., Bainbridge, S., *Business associations – cases and materials on agency, partnerships, and corporations*, New York, 2012.

- Conaglen, M., *Fiduciary Loyalty – Protecting the Due Performance of Non-Fiduciary Duties*, Oxford, Portland, 2010;
- Cooter, R., Freedman, B., The Fiduciary Relationship: Its Economic Character and Legal Consequences, *New York University Law Review*, бр. 66/1991.
- Miller, P., *A Theory of Fiduciary Liability*, *McGill Law Journal*, бр. 2/2011.
- Мићовић, М., *Фидуцијарне дужности и одговорност*, Зборник радова: Правна мисао у срцу Шумадије, Крагујевац, 2012.
- Михајловић, Б., *Дужност лојалности према привредном друштву*, необјављена докторска дисертација, Крагујевац, 2018.
- Moore, C., *Obligations in the Shade: the Application of Fiduciary Directors' Duties to Shadow Directors*, *Legal Studies*, бр. 2/2016.
- Follett, M., *Gantler v. Stephens: Big Epiphany or Big Failure? A Look at the Current State of Officers' Fiduciary Duties and Advice for Potential Protection*, *Delaware Journal of Corporate Law*, бр. 2/2010.
- Jones, A., *Corporate Officer Wrongdoing and the Fiduciary Duties of Corporate Officers under Delaware Law*, *American Business Law Journal*, бр. 3/2007.
- Jonhson, L., Millon, D., *Recalling why Corporate Officers are Fiduciaries*, *William & Mary Law Review*, бр. 5/2005;
- Shaner, M., *The Un(enforcement) of Corporate Officers' Duties*, *U.C. Davis Law Review*, бр. 1/2014-2015.
- Shepherd, J.C., *The Law of Fiduciaries*, Toronto, 1981.