

Мирјана З. Радовић
Универзитет у Београду
Правни факултет у Београду
mirjanat@ius.bg.ac.rs
ORCID ID: 0000-0003-1700-6495

УТВРЂИВАЊЕ СВОЈСТВА КОНТРОЛНОГ ЧЛАНА ДРУШТВА КАПИТАЛА*

Сажетак: У раду се анализира својство контролног члана (акционара) друштва са ограниченом одговорношћу или акционарској друштва према Закону о привредним друштвима из 2011. године, узимајући у обзир постојећа тумачења у домаћој правној теорији и судској пракси, али и схватања развијена у уредном праву. Након уводних излагања о значају утврђивања својства контролног члана, у другом делу је објашњено имплицитно законско дефинисање контролног члана. Трећи део је посвећен претпоставци својства контролног члана која важи за члана са већинским правом гласа на скупштини. Насујрош до сада преовлађујућем мишљењу у теорији, ауторка се залаже за прихватање оборивог карактера те претпоставке и указује на оправдане разлоге за њено обарање. У четвртом делу рада се изражује могућност да мањински члан стекне својство контролног члана. У том погледу, ауторка посебно обрађује контролу мањинског члана на основу фактичке већине гласова на скупштини, комбинације различитих средстава контроле и заједничког деловања. На крају рада су сумирани основни предлози за правилно тумачење законских одредаби о утврђивању својства контролног члана.

Кључне речи: Контрола, Контролни члан, Контролни акционар, Друштво с ограниченом одговорношћу, Акционарско друштво, Закон о привредним друштвима.

* Рад представља резултат истраживања у оквиру пројекта „Проблеми стварања, тумачења и примене права“ за 2024. годину, чији је носилац Правни факултет Универзитета у Београду.

Ауторка се посебно захваљује судији Марку Радовићу из Привредног суда у Београду на помоћи у прикупљању релевантне судске праксе.

1. УВОД

Контролни члан друштва с ограниченом одговорношћу или акционарског друштва је такав члан, односно акционар који може одлучујуће да утиче на пословање друштва. Реч је о лицу чија моћ надилази вршење чланских права у оквиру надлежности скупштине, те се испољава и на нивоу управе која води послове друштва.¹ Свако друштво са контролним чланом изложено је специфичној агенцијској проблематици према којој се неспутано коришћење моћи контролног члана у погледу управљања и пословођења потенцијално негативно одражава на мањинске чланове и повериоце друштва.² Отуда се у овој области уводе посебна компанијскоправна правила која санкционишу злоупотребу или ограничавају слободу контролног члана да утиче на пословање друштва у циљу заштите интереса осталих носилаца ризика пословања.³ У том смислу, српски Закон о привредним друштвима као главне механизме предвиђа посебне дужности контролног члана у односу на друштво⁴ и неогра-

¹ Walter Bayer, „AktG § 17 Abhängige und herrschende Unternehmen“, *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz* (Hrsg. Wulf Goette, Mathias Habersack, Susanne Kalss), 6. Auflage, C. H. Beck, München 2024, Rn. 21.

² Ann M. Lipton, „After Corwin: Down the Controlling Shareholder Rabbit Hole“, *Vanderbilt Law Review* 72, no. 6, 2019, стр. 1979; Ronald J. Gilson, „Controlling Shareholders and Corporate Governance: Complicating the Comparative Taxonomy“, *Harvard Law Review*, Vol. 119, No. 6, 2006, стр. 1650 и даље; Zipora Cohen, „Fiduciary Duties of Controlling Shareholders: A Comparative View“, *University of Pennsylvania Journal of International Law* 12/1991, стр. 380; Bobby V. Reddy, „The Fat Controller – Slimming Down the Excesses of Controlling Shareholders in UK Listed Companies“, University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No. 47/2017, <https://ssrn.com/abstract=3056999>, стр. 2 и 9; Leon Anidjar, „A macro-level investigation of transatlantic controlling shareholder’s fiduciary duty“, *Legal Studies* 42/2022, стр. 187. Детаљније о другом агенцијском проблему вид. Вук Радовић, „Утицај агенцијских проблема на право акционарских друштва и корпоративно управљање“, *Корпоративно упрљвање – зборник радова* (ур. Мирко Васиљевић, Вук Радовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2008, стр. 251 и 252.

³ B. V. Reddy, стр. 10 и даље.

⁴ Закон о привредним друштвима – ЗПД, *Службени вљасник РС*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014, 5/2015, 44/2018, 95/2018, 91/2019 и 109/2021, чл. 65-76. Више вид. Јелена Лепетић, *Компанијскоправни режим сукоба инйтереса*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2014, <https://nardus.mpn.gov.rs/bitstream/handle/123456789/2640/Disertacija.pdf?sequence=6&isAllowed=y>, стр. 142 и даље; Борко Михајловић, *Дужности лојалности према йпривредном друшйиву*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац 2018, <https://nardus.mpn.gov.rs/bitstream/handle/123456789/10960/Disertacija.pdf?sequence=6&isAllowed=y>, стр. 70 и даље; Небојша Јовановић у: Небојша Јовановић, Вук Радовић, Миријана Радовић, *Компанијско йраво – Право йпривредних субјектайа*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2023, стр. 166 и даље. Поред наведених института, појам контролног члана је релевантан и за примену законских одредби о повезаним лицима, искључењу права гласа, стицању сопствених удела, односно акција, пуномоћнику за гласање на скупштини акционара и праву на продају акција. Вид. ЗПД, чл. 62 ст. 2 тач. 2 и 5, чл. 157 ст. 7, чл. 281, чл. 283, чл. 345 ст. 2, чл. 522.

ничену одговорност контролног члана за обавезе друштва престалог принудном ликвидацијом.⁵

У оба наведена случаја, за примену релевантних законских одредби као претходно се поставља питање утврђивања својства контролног члана друштва. Међутим, правила Закона о привредним друштвима на основу којих се одређује појам контролног члана су недовољно јасна, непотпуна и подложна различитим тумачењима. Тај проблем нарочито долази до изражаја код друштва с ограниченом одговорношћу и акционарског друштва, будући да за те врсте друштава иначе важе принципи ограничене одговорности чланова и подељене надлежности за управљање и пословођење између чланова и професионалних менаџера (директора), који у случају постојања контролног члана (акционара) бивају нарушени. Стога се према Закону о привредним друштвима посебне дужности контролног члана тичу искључиво друштава капитала, док су код друштава лица прописане за све ортаке и комплементарне. Такође, правило о неограниченој одговорности контролног члана за обавезе принудно ликвидираних друштва је релевантно пре свега за друштва капитала, с обзиром на то да код друштава лица ортаци и комплементари већ одговарају неограничено солидарно за обавезе друштва, па утврђивање контролног члана није потребно. Из тог разлога је оправдано да се анализа својства контролног члана ограничи на друштва капитала.

У пракси српских судова анализа својства контролног члана друштва капитала је актуелна пре свега због бројних спорова око неограничене одговорности таквог члана за обавезе друштва престалог принудном ликвидацијом.⁶ Постојећа судска пракса показује да, иако у многим ситуацијама утврђивање контролног члана није спорно (на пример, код једночланих друштава), још увек постоји низ отворених питања која захтевају продубљено истраживање. Имајући наведено у виду, циљ редова који следе је да пруже детаљну анализу својства контролног члана друштва капитала према Закону о привредним друштвима узимајући у обзир упоредноправна решења у земљама са развијеном корпоративном традицијом.

⁵ ЗПД, чл. 548 ст. 3. Више вид. Марко Радовић, „Одговорност контролног члана за обавезе друштва престалог принудном ликвидацијом“, *Примена права и њихова сигурност* – Зборник радова 34. сусрећна Којаоничке школе природног права Слободан Перовић, Том 2, 2021, стр. 439 и даље; Тајјана Матковић Стефановић, „Одговорност контролног члана за обавезе брисаног друштва из регистра у случају принудне ликвидације“, *Пословни изазови* 2023, стр. 275 и даље.

⁶ Вид., примера ради: Пресуда Привредног апелационог суда 4 Пж 6296/23 од 28.12.2023. године; Пресуда Привредног апелационог суда 9 Пж 329/23 од 12.1.2024. године; Пресуда Привредног апелационог суда 2 Пж 6394/21 од 9.6.2022. године; Пресуда Привредног апелационог суда 7 Пж 3663/21 од 18.8.2021. године; Решење Привредног апелационог суда 2 Пж 11721/21 од 24.2.2022. године; итд.

2. ДЕФИНИСАЊЕ КОНТРОЛНОГ ЧЛАНА

Закон о привредним друштвима не садржи изричиту дефиницију контролног члана, али у правној теорији преовлађује став да значење тог појма треба извести из комбинације дефиниција члана (акционара) и контроле над привредним друштвом.⁷ Дакле, контролни члан је члан привредног друштва који има контролу над тим друштвом. Из тога недвосмислено произлази да лице које има контролу над привредним друштвом, али није истовремено и члан тог друштва, не може да се квалификује као контролни члан. Другим речима, својство контролног члана нужно претпоставља непосредно поседовање капитал-учешћа у датом друштву, које се доказује одговарајућим изводом из Регистра привредних субјеката у случају друштва с ограниченом одговорношћу, односно из Централног регистра хартија од вредности у случају акционарског друштва.⁸

Међутим, контрола над привредним друштвом не мора да се заснива искључиво на утицају који проистиче из личног капитал-учешћа, већ може да буде потпомогнута и другим лицима са којима члан заједнички делује, али и другим средствима попут уговора или права на именовање већине директора, односно чланова надзорног одбора. Наиме, Законом о привредним друштвима је контрола над привредним друштвом одређена као право или могућност једног лица да самостално или са другим лицима која са њим заједнички делују, „врши контролни утицај на пословање привредног друштва путем учешћа у основном капиталу, уговора или права на именовање већине директора, односно чланова надзорног одбора”.⁹

С обзиром на то да је по закону довољно да контролни члан има право или могућност да одлучујуће утиче на пословање друштва, закључује се да он контролу не мора стварно и да врши. Према томе, чак и када члан не користи средства контроле која му стоје на располагању (на пример, не врши право гласа на скупштини), сама могућност контролног утицаја на пословање представља довољан основ за његову квалификацију као контролног члана.¹⁰ Важно је такође истаћи да у складу са законом контролни утицај члана на пословање друштва може, али не мора да буде утемељен у неком његовом пуноважном и остваривом праву – довољно је да постоји могућност

⁷ Татјана Јевремовић Петровић, *Групе привредних друштвава*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2014, стр. 94; Б. Михајловић, стр. 78; Марко Радовић, стр. 443.

⁸ Упор. Т. Матковић Стефановић, стр. 274.

⁹ ЗПД, чл. 62 ст. 5.

¹⁰ Alexander Schall, „AktG § 17 Abhängige und herrschende Unternehmen“, *Beck-online. GROSSKOMMENTAR* (GesamtHrsg. Martin Henssler, Hrsg: Eberhard Stolz, Rüdiger Veil), C. H. Beck, München 2023, Rn. 10; Jens Koch, *Aktiengesetz*, 18. Auflage. C.H. Beck, München 2024, § 17 AktG, Rn. 6.

контролног утицаја.¹¹ Отуда као средства контроле треба прихватити и фактичке околности које омогућавају одлучујући утицај члана на вођење послова друштва (на пример, блиско пријатељство са директором друштва, дупли мандат директора тако да је директор контролисаног друштва истовремено директор члана, непуноважни споразум који се у пракси свеједно примењује).¹²

Широк појам контроле који обухвата не само правна, него и фактичка средства директног или индиректног утицаја на пословање привредног друштва, изразито компликује процес утврђивања својства контролног члана, због чега законодавац уводи претпоставку да се контролним чланом сматра лице које самостално или са повезаним лицима поседује већинско учешће у основном капиталу, које се огледа у више од 50% права гласа на скупштини.¹³ Претпоставка својства контролног члана значајно олакшава доказивање страни чији се захтев у спору заснива на тој чињеници. У супротном, када нема места примени наведене претпоставке, страна која се позива на својство контролног члана треба да докаже све околности случаја које поткрепљују тврдњу да је одређени члан у релевантном тренутку вршио или могао да врши „контролни утицај на пословање друштва”.¹⁴

Законодавац не појашњава шта се сматра контролним утицајем на пословање друштва. Чини се да у том погледу „пословање” треба схватити у смислу вођења послова, које код друштва капитала спада у надлежност директора. Захваљујући томе, члан има контролни утицај на пословање, ако може одлучујуће да утиче на одлуке директора о вођењу послова друштва.¹⁵ Притом се одлучујући утицај примарно заснива на моћи члана да одлучује о именовању и разрешењу већине директора, будући да су директори по природи ствари склони да поступају у складу са жељама и интересима лица (члана) од којег им зависи „опстанак” на тој функцији у друштву.¹⁶ У дру-

¹¹ Тако је и у немачком праву. Вид. Oliver Keßler, „AktG § 17 Abhängige und herrschende Unternehmen“, *Gesellschaftsrecht* (Hrsg. Martin Henssler, Lutz Strohn), 6. Auflage, C. H. Beck, München 2024, Rn. 3.

¹² У том смислу је релевантна економска, а не правна реалност. Вид. A. Schall, „AktG § 17“, Rn. 16 и 26.

¹³ ЗПД, чл. 62 ст. 4 и 6. Тако је и у праву Делавера. Вид. Kahn v. Lynch Communc'n Sys., Inc., 638 A.2d 1110, 1113-14 (Del. 1994).

¹⁴ Упор. Kahn v. Lynch Communc'n Sys., Inc., 638 A.2d 1110, 1113-14 (Del. 1994).

¹⁵ Утицај на пословање треба „схватити као утицај на управу, јер је немогуће замислити да се остварује утицај на пословање друштва без утицаја на управу“. Вид. Вук Радовић, „Нејединствен појам заједничког деловања“, *Усклађивање њословној љрава Србије са љравом Европске уније (2019)* (уредник Вук Радовић), Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд 2019, стр. 30.

¹⁶ W. Bayer, „AktG § 17“, Rn. 27; A. M. Lipton, стр. 1981 и 1982; J. Koch, § 17 AktG, Rn. 5; Volker Emmerich, Mathias Habersack, *Aktien- und GmbH-Konzernrecht*, 10. Auflage, C. H. Beck, München 2022, § 17 AktG, Rn. 6 и 7.

штвима са дводомним системом управљања, довољно је да члан има моћ да одлучујуће утиче на именовање и разрешење већине чланова надзорног одбора, јер на тај начин, посредством надзорног одбора, одлучујуће утиче и на именовање и разрешење директора који воде послове друштва.¹⁷

Правила Закона о привредним друштвима о контроли и претпоставци својства контролног члана наводе на закључак да контрола контролног члана треба да постоји у погледу пословања друштва као целине или барем у погледу најзначајнијих области пословања друштва.¹⁸ Другим речима, контролни члан треба да има контролу генерално, над друштвом као таквим, а не само над конкретним послом или поступањем друштва које изазива одређене правне последице.¹⁹ Међутим, посматрано из угла специфичних компанијско-правних правила о контролном члану, чини се да такво опредељење законодавца није оправдано у сваком случају. Истина је да својство контролног члана кога терети дужност избегавања сукоба интереса, дужност чувања пословне тајне или дужност поштовања забране конкуренције треба да се утврђује у односу на друштво као целину, али то не мора да буде тако када су у питању послови и радње у којима постоји лични интерес или престанак друштва принудном ликвидацијом. У последње наведеном случајевима својство контролног члана могло би да се утврђује и с обзиром на конкретан посао или радњу, односно разлог за престанак друштва принудном ликвидацијом.²⁰ Следствено томе, и члан који нема контролни утицај на све аспекте пословања друштва, али има такав утицај у погледу конкретног посла или радње, односно у погледу конкретног разлога за принудну ликвидацију друштва, треба да буде подвргнут одговарајућим законским правилима о дужностима и одговорности контролног члана.²¹

¹⁷ ЗПД, чл. 219 ст. 1, чл. 220 ст. 1, чл. 232 ст. 1 тач. 2, чл. 420 ст. 1, чл. 423 ст. 1 и чл. 425 ст. 3.

¹⁸ Упор. W. Bayer, „AktG § 17“, Rn. 24; V. Emmerich, M. Habersack, § 17 AktG, Rn. 9.

¹⁹ A. Schall, „AktG § 17“, Rn. 14.

²⁰ Упор. Note, „Controller Confusion: Realigning Controlling Stockholders and Controlled Boards“, *Harvard Law Review* 133/2020, стр. 1708; Oderah C. Nwaeze, „The Corporate Guide: Avoiding Enhanced Scrutiny of Transactions Involving Controlling Stockholders“, *Faegre Drinker, March 25, 2022*, <https://www.faegredrinker.com/en/insights/publications/2022/3/the-corporate-guide-avoiding-enhanced-scrutiny-of-transactions-involving-controlling-stockholders>. Упор. Пресуда Привредног апелационог суда 7 Пж 3663/21 од 18.8.2021. године.

²¹ Упор. A. M. Lipton, стр. 1987 и 1988; Christopher B. Chuff, Joanna J. Cline, Matthew M. Greenberg, Taylor B. Bartholomew, „Controlling Stockholder or Member Status under Delaware Law—A Table of Key Decisions“, American Bar Association, Litigation Section, Business Torts & Unfair Competition Committee, July 8, 2021, <https://www.troutman.com/a/web/285929/chuff-et-al.pdf>, стр. 2.

3. ПРЕТПОСТАВКА СВОЈСТВА КОНТРОЛНОГ ЧЛАНА

Према Закону о привредним друштвима „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”,²² при чему се већинско учешће у основном капиталу дефинише као поседовање „више од 50% права гласа у друштву”.²³ Наведена претпоставка је логична, имајући у виду да члан са преко 50% гласова на скупштини према диспозитивним законским правилима има апсолутну већину, те може да изабере, односно разреши директоре или чланове надзорног одбора, чак и ако седници скупштине присуствују сви чланови са правом гласа.²⁴ Стога је она прихваћена и у другим земљама, са развијеном компанијскоправном традицијом, попут САД,²⁵ Немачке²⁶ и Француске.²⁷ Међутим, интересантно је напоменути да у Немачкој претпоставка својства контролног члана важи не само у случају већинског права гласа, него и у случају већинског удела у основном капиталу.²⁸ За разлику од тога, у српском праву се неће сматрати да члан има контролу над друштвом ако поседује већину удела у основном капиталу који му не обезбеђује и већину гласова на скупштини (на пример, преференцијалне акције без права гласа чија је номинална вредност већа од половине основног капитала). Другим речима, већинско учешће у основном капиталу само по себи не ствара претпоставку својства контролног члана, па би у том случају контрола над привредним друштвом морала посебно да се докаже. Осим наведене претпоставке, Закон о привредним друштвима не

²² ЗПД, чл. 62 ст. 6.

²³ ЗПД, чл. 62 ст. 4.

²⁴ Према диспозитивним законским правилима, у друштвима капитала скупштина доноси одлуку о именовању и разрешењу директора, код једнодомног система управљања, односно чланова надзорног одбора, код дводомног система, простом релативном већином – дакле обичном већином од присутног броја гласова. ЗПД, чл. 211 и 358. Вид. и: W. Bayer, „AktG § 17“, Rn. 26.

²⁵ A. M. Lipton, стр. 1987; L. Anidjar, стр. 189; C. B. Chuff *et al.*, стр. 2; O. C. Nwaeze, *op. cit.*; *Weinstein Enters., Inc. v. Orloff*, 870 A.2d 499, 507 (Del. 2005); *Kahn v. Lynch Communc'n Sys., Inc.*, 638 A.2d 1110, 1113-14 (Del. 1994).

²⁶ Немачки AktG, § 16(3); Bernhard Köstler, „GmbH: Wann gilt ein Gesellschafter als beherrschend?“, 18.10.2023, <https://www.lexware.de/wissen/unternehmensfuehrung/gmbh-wann-gilt-ein-gesellschafter-als-beherrschend/>.

²⁷ Француски Code de commerce, Art. L233-3(I)(1^o). Упор. и: Directive (EU) 2017/1132 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 relating to certain aspects of company law, *Official Journal of the European Union* L 169, 30.6.2017, р. 46–127, са последњим изменама из 2021. године, Art. 67(1), где се такође за лице које поседује већину гласачких права у јавном акционарском друштву сматра да одлучујуће утиче на пословање друштва.

²⁸ Немачки AktG, § 16; V. Emmerich, M. Habersack, § 16 AktG, Rn. 1.

садржи ниједну другу претпоставку која би важила специфично за друштва са дисперзованом структуром чланова.²⁹

Страна у спору која се позива на претпоставку својства контролног члана треба да докаже да је у датом тренутку одређено лице било члан привредног друштва и да је само или заједно са повезаним лицима поседовало више од 50% права гласа на скупштини.³⁰ Ипак, поставља се питање како треба утврђивати већинско право гласа члана. Такође, законска формулација отвара простор за недоумице око тога ко се сматра контролним чланом у ситуацији када је већинско право гласа потпомогнуто гласовима повезаних лица. Најзад, начин на који је претпоставка законом прописана ствара дилему да ли је дозвољено доказивање супротног или је реч о необоривој претпоставци.

3.1. Већинско право гласа на скупштини

Да би се претпоставка својства контролног члана применила, потребно је да члан има барем један глас више од половине укупног броја гласова на скупштини.³¹ У том погледу учешће у гласачком капиталу треба посматрати генерално, а не кроз призму појединих питања о којима се гласа. Стога би као контролни могао да се посматра и члан коме је искључено право да гласа о одређеним тачкама дневног реда скупштине, под условом да начелно има право гласа на седницама скупштине. Процент гласачких права контролног члана треба утврђивати у односу на укупан број гласачких права по основу удела или акција умањен за сопствене уделе (акције) за које је вршење права гласа привремено суспендовано.³² Исто важи за друге уделе (акције) код којих је по закону привремено престало право гласа (на пример, удео контролисаног друштва у контролном друштву,³³ акције стечене без упућивања обавезне јавне понуде за преузимање за које Комисија за хартије од вредности изрекне меру губитка права гласа). Смисао изузимања удела (акција) код којих је у датом тренутку остваривање права гласа на скупштини

²⁹ За разлику од тога у немачком праву се оборило претпоставља да акционарско друштво котирано на берзи контролише акционар који поседује више од 30% гласачких права. Вид. А. Schall, „AktG § 17“, Rn. 31.

³⁰ Т. Матковић Стефановић, стр. 274. Наведени докази се пружају у виду извода из Регистра привредних субјеката, односно Централног регистра, у зависности од тога да ли је контролисано друштво с ограниченом одговорношћу или акционарско друштво.

³¹ V. Emmerich, M. Habersack, § 16 AktG, Rn. 23.

³² ЗПД, чл. 158 ст. 1 и чл. 351 ст. 2. Упор. V. Emmerich, M. Habersack, § 16 AktG, Rn. 22; Oliver Keßler, „AktG § 16 In Mehrheitsbesitz stehende Unternehmen und mit Mehrheit beteiligte Unternehmen“, *Gesellschaftsrecht* (Hrsg. Martin Henssler, Lutz Strohn), 6. Auflage, C. H. Beck, München 2024, Rn. 3; J. Koch, § 16 AktG, Rn. 9.

³³ ЗПД, чл. 157 ст. 7 и чл. 283 ст. 1 и 2.

суспендовано огледа се у идеји да претпоставка својства контролног члана треба да се примени на лице које ефективно има апсолутну већину гласова, те може да разреши постојеће и именује нове директоре или чланове надзорног одбора независно од осталих (мањинских) чланова.

Поставља се питање да ли је за примену претпоставке својства контролног члана потребно доказати постојаност већинског права гласа, у смислу његовог одређеног минималног трајања. Другим речима, да ли се може сматрати контролним чланом и лице које је већинско право гласа стекло само привремено (на пример, у обављању делатности покровитељства емисије или искључиво у шпекулативне сврхе, ради даље препродаје акција на тржишту без намере остварења права гласа на скупштини). Строго посматрано, законом прописана претпоставка је тако формулисана да важи без обзира на трајање већинског права гласа. Стога би претпоставка наступила и ако члан у одређеном тренутку само привремено стекне више од половине права гласа на скупштини, иако нема намеру да учествује у управљању компанијом.³⁴

3.2. Приписивање учешћа других лица у гласачком капиталу

Претпоставка својства контролног члана обухвата не само ситуације када члан лично има већину гласова на скупштини, него и ситуације када такву већину поседује заједно са повезаним лицима. Тада је потребно да члан, са једне стране, и једно или више лица која су са њим повезана, са друге, имају гласачка права која у збиру чине више од пола гласова на скупштини. У описаном случају свако повезано лице о коме је реч треба да буде непосредни члан друштва, са правом гласа. За примену претпоставке је довољно доказати да су одређена лица међусобно повезана, у смислу правила о повезаним лицима, и да њихова гласачка права на скупштини чине већину од укупног броја гласова. На основу доказа својства повезаних лица претпоставља се да та лица заједнички делују, те да њихови гласови кумулативно чине већину на скупштини.³⁵ Из тога произлази да законско правило о претпоставци својства контролног члана у себи садржи и претпоставку заједничког деловања, ако се ради о два или више повезаних лица која имају права гласа на скупштини.

Ипак, Закон о привредним друштвима није сасвим јасан да ли за потребе претпоставке својства контролног члана правило о приписивању гласачке моћи повезаних лица претпостављеном контролном члану (чл. 62 ст. 6 ЗПД) треба да важи уместо или упоредо са правилом о већини гласова захваљујући заједничком деловању (чл. 62 ст. 4 ЗПД). Када би се та два правила схватила као међусобно искључујућа, то би значило да се одређеном члану

³⁴ A. Schall, „AktG § 17“, Rn. 21, 46 и 55; W. Bayer, „AktG § 17“, Rn. 63.

³⁵ Упор. Т. Матковић Стефановић, стр. 275.

може приписати гласачка моћ других чланова у склопу претпоставке својства контролног члана само ако се ради о повезаним лицима. Супротно томе, ако би се наведена правила кумулативно примењивала, то би значило да је могуће приписивање гласачких права не само чланова који су повезана лица – када се заједничко деловање претпоставља, него и чланова за које се докаже да заједнички делују, иако није реч о повезаним лицима.

С обзиром на то да суштина претпоставке својства контролног члана почива на већинском праву гласа на скупштини које може да се остварује лично или заједно са другим лицима, чини се да другонаведеном тумачењу треба дати предност. Следствено томе, претпоставка својства контролног члана наступа увек када одређени члан самостално или са другим члановима који са њим заједнички делују има више од половине гласова на скупштини, при чему се заједничко деловање претпоставља за чланове који су повезана лица.

Пошто су сва наведена повезана лица, односно лица која заједнички делују, чланови друштва са правом гласа, поставља се питање за које од тих лица треба да важи претпоставка својства контролног члана – за свако појединачно, за одређено лице или за све њих као групу. Примера ради, ако су чланови друштва рођени брат и сестра, при чему обоје имају по 30% гласова на скупштини, што значи укупно 60% гласова, да ли претпоставка својства контролног члана важи за обоје, тако да друштво има два контролна члана, или само за брата, односно само за сестру, или за њих двоје заједно? Чини се да одговор на то питање треба тражити у односу на коме се заснива повезаност, односно заједничко деловање два члана.

У случају да њихова повезаност или заједничко деловање почива на односу равноправности, где се чланови договарају око заједничког управљања друштвом, претпоставка својства контролног члана требало би да важи за све њих као групу (заједницу) чланова.³⁶ То би из угла правила о одговорности контролног члана значило да сви ти чланови солидарно одговарају по правилима о одговорности контролног члана,³⁷ а из угла правила о посебним дужностима контролног члана – да све те чланове терете посебне дужности према друштву. Насупрот томе, када су чланови повезани, односно заједнички делују тако да један одлучује, а остали га следе, претпоставка својства контролног члана треба да важи само за то главно лице у заједници чланова (на пример, када су матично и зависно друштво чланови са правом гласа, као главно би се третирао матично друштво). Међутим, улога главног члана у групи повезаних чланова, односно чланова који заједнички делују, мора посебно да се докаже, јер се у супротном сматра да су они равноправни, те да заједно потпадају под дејство претпоставке својства контролног члана.

³⁶ Упор. А. Schall, „AktG § 17“, Rn. 17 и 18. Упор. Т. Матковић Стефановић, стр. 274.

³⁷ Тако и: Пресуда Привредног апелационог суда 9 Пж 329/23 од 12.1.2024. године.

Посебан случај заједничког деловања постоји када привредно друштво оснују или преузму два лица са по 50% удела ради остварења одређених заједничких циљева кроз делатност тог друштва.³⁸ С обзиром на то да у таквој ситуацији ниједан члан нема већинско капитал-учешће, а њихови гласачки потенцијали се међусобно неутралишу, једина могућност да се утврди контролни члан наведеног заједничког друштва почива на њиховом заједничком деловању. Према томе, ако чланови са паритетним уделитема (50% : 50%) спроведе заједничку политику управљања на основу изричитог споразума или прећутно (на пример, због чињенице да су оба та лица друштва-ћерке истог матичног друштва), њих треба третирати као контролну групу, односно заједницу чланова.³⁹ Имајући у виду да је у пракси заједничко привредно друштво (са два члана по 50% удела) по правилу подвргнуто координисаном управљању чланова, у немачком праву се за такво друштво *prima facie* сматра да је контролисано од оба члана.⁴⁰

3.3. Оборивост претпоставке својства контролног члана

Да би се претпоставка својства контролног члана применила, страна која се на њу позива мора да докаже најмање следеће чињенице: 1) да је одређено лице члан друштва, 2) да оно има одређени број гласова на седници скупштине, 3) колики је укупан број гласова и 4) да број гласова тог члана чини више од половине укупних гласова на скупштини (тзв. апсолутна већина). Ако проценат гласова члана није довољан, за примену претпоставке треба додатно доказати: 1) да су један или више других чланова повезана лица са тим чланом, 2) да та повезана лица имају одређени број гласова и 3) да укупан број гласова члана и гласова повезаних лица чини апсолутну већину гласова на скупштини. Када ни тај проценат не би био довољан, претпоставка ће важити ако се докаже: 1) да један или више чланова заједнички делују са чланом и/или са њим повезаним лицима, 2) да та лица са којима постоји заједничко деловање имају одређени број гласова на седници скупштине и 3) да укупан број гласова члана, повезаних лица и лица са којима заједнички делују чини апсолутну већину гласова на скупштини.

Међутим, поставља се питање да ли се након успешног доказа наведених чињеница неоториво сматра да је одређено лице контролни члан или је ту претпоставку могуће оборити. Формулација правила из Закона о привредним друштвима на први поглед наводи на закључак да је реч о неоторивој претпоставци. Наиме, „[с]матра се да је одређено лице контролни члан друштва

³⁸ W. Bayer, „AktG § 17“, Rn. 77.

³⁹ W. Bayer, „AktG § 17“, Rn. 79; V. Emmerich, M. Habersack, § 17 AktG, Rn. 31. Вид. и: Пресуда Привредног апелационог суда 9 Пж 329/23 од 12.1.2024. године.

⁴⁰ W. Bayer, „AktG § 17“, Rn. 82.

увек када то лице самостално или са повезаним лицима поседује већинско учешће у основном капиталу друштва“ (подвукао аутор).⁴¹ Отуда, у српској правној теорији преовлађује став да је реч о необоривој претпоставци.⁴² Међутим, у новије време појавила су се мишљења која дозвољавају могућност доказивања супротног.⁴³ И заиста, ближа анализа показује да, насупрот искључиво језичком тумачењу закона, много више аргумената говори у прилог ставу да претпоставку својства контролног члана треба третирати као обориву.⁴⁴

Претпоставка почива на премиси да лице које има већину гласова на скупштини може да разреши и изабере већину директора, односно чланова надзорног одбора, и тако одлучујуће утиче на пословање друштва. Ипак, наведена премиса не важи у сваком конкретном случају, будући да су правила о већини за одлучивање о датим питањима диспозитивне природе. Управо из тог разлога претпостављеном контролном члану треба допустити доказивање супротног, тј. да он, упркос већини гласова, нема моћ да одлучује о избору и разрешењу већине директора, односно чланова надзорног одбора.⁴⁵ Следствено томе, претпоставка својства контролног члана као оборива служи искључиво олакшаном доказивању, тиме што на претпостављеном контролном члану пребацује терет доказа да он нема одлучујући утицај на пословање друштва преко избора већине директора или чланова надзорног одбора.⁴⁶ Важно је нагласити да за обарање претпоставке није потребно доказати да члан ни по ком основу нема контролу над друштвом, већ само да нема довољну моћ да изгласа већину директора, односно чланова надзорног одбора.⁴⁷ Према томе, терет доказивања евентуалних других средстава контроле која нису обухваћена претпоставком (на пример, блиске повезаности са директором) сноси страна чији захтев зависи од утврђивања својства контролног члана.

Претпоставка својства контролног члана не може да се обори доказом да то лице додуше јесте члан са већином гласова, али те гласове не користи слободно, већ у складу са вољом другог лица које га контролише или чије

⁴¹ ЗПД, чл. 62 ст. 6.

⁴² Т. Јевремовић Петровић, стр. 97; Н. Јовановић и Миријана Радовић у: Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, стр. 167 и 256; Ј. Лепетић, стр. 146.

⁴³ Марко Радовић, стр. 444.

⁴⁴ Тако је и у упоредном праву. Вид. А. Schall, „AktG § 17“, Rn. 51; О. Keßler, „AktG § 17“, Rn. 12; Note, „Controller Confusion: Realigning Controlling Stockholders and Controlled Boards“, стр. 1707 фн. 4.

⁴⁵ О. Keßler, „AktG § 17“, Rn. 13. Осим претпостављеног контролног члана, претпоставку може да обара и друго лице које тврди да члан није контролни, иако има већинско право гласа. Вид. W. Bayer, „AktG § 17“, Rn. 91.

⁴⁶ J. Koch, § 17 AktG, Rn. 18; V. Emmerich, M. Habersack, § 17 AktG, Rn. 35.

⁴⁷ A. Schall, „AktG § 17“, Rn. 52.

гласачке инструкције мора да поштује. Према томе, претпостављеном контролном члану не вреди да истиче чињеницу да је, примера ради, и он сам контролисано друштво на чије пословање одлучујуће утиче друштво мајка.⁴⁸ Такође, претпоставку није могуће оборити ни доказивањем да претпостављени контролни члан не користи гласачка права која има, односно да у стварности не утиче на управљање и пословање друштва.⁴⁹ Суштина претпоставке се огледа у томе да одређени члан *може* да одлучује о разрешењу и именовану, па сама та могућност представља својеврсни Дамоклов мач над главама директора, односно чланова надзорног одбора. Према томе, битна је моћ одлучивања, а не и њено стварно коришћење. Имајући у виду да претпоставка у суштини почива на „страху“ директора од губитка позиција у органима управе, јасно је да она не треба да важи ако такве бојазни у конкретном случају нема. Другим речима, ако је одређени члан привремено стекао већину гласачких права, при чему у том кратком периоду у датим околностима директори очигледно нису имали разлога да страхују за своје позиције у управи, то представља довољан основ за обарање претпоставке својства контролног члана.⁵⁰

Осим наведеног случаја, претпоставка својства контролног члана се може оборити и доказом да је моћ претпостављеног контролног члана ограничена, тако да он ипак нема одлучујући утицај на пословање посредством избора већине директора. Да би тај разлог био довољан за обарање претпоставке, потребно је да постоји правно обавезујуће ограничење његове моћи, које он под претњом правног санкционисања мора да поштује.⁵¹ Правни основ ограничења моћи претпостављеног контролног члана може да буде садржан у оснивачком акту, односно статуту друштва, или у уговору.

Ако је, примера ради, оснивачким актом друштва са ограниченом одговорношћу или статутом акционарског друштва предвиђена већа (квалификована) већина гласова за избор и разрешење директора, односно чланова надзорног одбора,⁵² члан који додуше има више од половине укупних гласова, али не и потребну већину за доношење тих одлука може да се ослободи претпоставке својства контролног члана.⁵³ Исто важи у случају да претпо-

⁴⁸ У немачком праву исто важи за повереника (нем. *Treuhänder*) који је, додуше, везан инструкцијама корисника повереништва (нем. *Treugeber*), али се свеједно може сматрати контролним чланом који непосредно врши контролу над друштвом, за разлику од корисника повереништва који ту контролу остварује посредно. Вид. W. Bayer, „AktG § 17“, Rn. 75.

⁴⁹ W. Bayer, „AktG § 17“, Rn. 94; A. Schall, „AktG § 17“, Rn. 53; J. Koch, § 17 AktG, Rn. 19.

⁵⁰ A. Schall, „AktG § 17“, Rn. 21.

⁵¹ W. Bayer, „AktG § 17“, Rn. 95. Према томе, није довољно да претпостављени контролни члан необавезно обећа да неће вршити одлучујући утицај, иако правно може то да чини. Вид. и: A. Schall, „AktG § 17“, Rn. 53.

⁵² ЗПД, чл. 211 и 358.

⁵³ W. Bayer, „AktG § 17“, Rn. 99.

стављени контролни члан закључи уговор о гласању са другим члановима или трећим лицем, којим се правно обавезује да неће вршити право гласа на скупштини.⁵⁴ Поред тога, у немачкој пракси су присутни и тзв. уговори о одрицању од контроле које члан са већинским капитал-учешћем закључује са другим члановима или са друштвом.⁵⁵ На основу уговора о одрицању од контроле члан прихвата ограничење своје гласачке моћи према правилу „минус један глас“ када се одлучује о избору или разрешењу директора и чланова надзорног одбора. Према том правилу, члан који иначе има већину гласова на скупштини третираће се као да има један глас мање од потребне већине, како би се онемогућио да самостално одреди већински састав управе.⁵⁶ Коначно, ако друштво закључи уговор о контроли и управљању са трећим лицем које је одвојено и независно од члана са већинским правом гласа, то представља довољан основ за обарање претпоставке својства контролног члана.⁵⁷

Имајући у виду да је претпоставка својства контролног члана прописана тако да садржи и претпоставку заједничког деловања повезаних лица, треба дозволити могућност обарања не само првонаведене, него и другонаведене претпоставке. Захваљујући томе, ако се докаже да нема заједничког деловања између повезаних лица, тако да појединачна гласачка моћ није довољна за избор већине директора, односно чланова надзорног одбора, та лица се неће сматрати контролним члановима. Примера ради, брат и сестра као повезана лица и чланови друштва са по 30% гласова не гласају на исти начин (координисано) на седницама скупштине, већ свако у складу са својим интересима. У таквом случају, успешно обарање претпоставке заједничког деловања повезаних лица истовремено води обарању претпоставке својства контролног члана.

4. КОНТРОЛНИ ЧЛАН СА МАЊИНСКИМ ПРАВОМ ГЛАСА

Уместо члана са већинским правом гласа, друштво капитала може да контролише и његов мањински члан. Под мањинским чланом у овом кон-

⁵⁴ J. Koch, § 17 AktG, Rn. 22; W. Bayer, „AktG § 17“, Rn. 100.

⁵⁵ Више вид. V. Emmerich, M. Habersack, § 17 AktG, Rn. 42; A. Schall, „AktG § 17“, Rn. 54; J. Koch, § 17 AktG, Rn. 22; O. Kefler, „AktG § 17“, Rn. 14.

⁵⁶ W. Bayer, „AktG § 17“, Rn. 101.

⁵⁷ A. Schall, „AktG § 17“, Rn. 53. Поједини аутори сматрају да у датој ситуацији својство контролног члана има и члан са већинским капитал-учешћем и члан који са друштвом закључи уговор о контроли и управљању. Вид. J. Лепетић, стр. 147. Међутим, имајући у виду да два члана који су независни један од другог не могу истовремено да врше одлучујући утицај на пословање друштва, такво схватање није оправдано из угла дефиниције контроле над привредним друштвом. Отуда, све док се уговор о контроли и управљању примењује, већински члан може успешно да обори претпоставку својства контролног члана. О правним дејствима уговора о контроли и управљању више вид. Миријана Радовић у: Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, стр. 260 и даље.

тексту подразумева се члан који има мање од половине укупних гласова на скупштини. Неопходан предуслов да би мањински члан могао да се третира као контролни је да друштво нема већинског члана или да је претпоставка својства контролног члана успешно оборена.⁵⁸ С обзиром на то да мањинско учешће у гласачком капиталу само по себи не обезбеђује сигурну већину на скупштини, нужно да је уз одређено капитал-учешће постоје и друга средства контроле или посебне околности које појачавају утицај датог члана на пословање друштва. Чини се да у том погледу од мањинског члана не треба захтевати јачи степен утицаја од оног који би имао члан са већином од укупног броја гласова на скупштини, имајући у виду да се тада законом претпоставља својство контролног члана.⁵⁹ Према томе, потребан и довољан степен контроле мањинског члана постоји ако он има моћ да одлучујуће утиче на избор и разрешење, односно одлучивање већине директора или чланова надзорног одбора.⁶⁰

Начелно посматрано, контрола мањинског члана може да проистиче из: а) фактичке већине гласова на скупштини, б) комбинације гласачке моћи и других средстава контроле и в) заједничког деловања са другим лицима. У сваком случају, контролни, односно одлучујући утицај на пословање друштва за мањинског члана мора посебно да се докаже, при чему терет доказа сноси лице чији захтев зависи од утврђивања својства контролног члана.

4.1. Фактичко већинско учешће

Мањински члан ће се сматрати контролним чланом ако му број гласова које поседује обезбеђује већину гласова присутних на седници скупштине. Разлог се огледа у чињеници да је за избор и разрешење директора, односно чланова надзорног одбора према диспозитивним одредбама закона довољна тзв. обична релативна већина гласова, коју чини више од половине гласова присутних чланова.⁶¹ Отуда, ако седницама скупштине по правилу не присуствују сви чланови са правом гласа, онда и проценат гласова од 50% и мање може да води одлучујућем утицају на већински састав управе. При том, што је број присутних гласова на седницама ближи кворуму, то је и проценат потребан за успостављање релативне већине нижи.⁶² Када је одзив чланова толико низак да је неопходно поновно сазивање скупштине да би се седница одржала, нижи кворум прописан за поновљену седницу може да обезбеди члану са још мање гласова релативну већину потребну за избор и

⁵⁸ J. Koch, § 17 AktG, Rn. 5.

⁵⁹ W. Bayer, „AktG § 17“, Rn. 25; A. Schall, „AktG § 17“, Rn. 27.

⁶⁰ C. V. Chuff *et al.*, стр. 2.

⁶¹ ЗПД, чл. 211 ст. 1 и чл. 358 ст. 1.

⁶² Више вид. Мирјана Радовић у: Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, стр. 256.

разређење већине директора или чланова надзорног одбора. Пошто у описаним околностима члан нема правно загарантовану већину од укупног броја гласова, али у реалности остварује већину од гласова присутних на седници, каже се да његова контрола над пословањем друштва почива на тзв. фактичкој већини или фактичком већинском учешћу у гласачком капиталу.⁶³

Неопходан предуслов да би се учешће мањинског члана третирано као фактичка већина јесте да у датом друштву не постоји други члан са истим или већим процентом гласова на скупштини.⁶⁴ У супротном би остварење контроле искључиво зависило од воље тог другог члана, будући да би његово појављивање и гласање на седници онемогућило мањинског члана да оствари већину од гласова присутних. Важно је напоменути да у српском праву није прописан минимални праг капитал-учешћа испод ког конкретан члан не може да има својство контролног члана. Међутим, с обзиром на правила о минималном дозвољеном кворуму за одлучивање на седницама скупштине и поновљеним седницама скупштине,⁶⁵ јасно је да својство контролног члана на основу фактичке већине не може да стекне лице које има мање од једне шестине (тј. 16,(6)%) од укупног броја гласова. Ипак, у ситуацији када друштво стекне сопствене уделе, односно акције, или права гласа одређених чланова буду из другог разлога суспендована, и нижи проценат капитал-учешћа може да постане контролни, јер се суспендовани гласови не урачунавају у кворум за одржавање седнице.⁶⁶

Конечно, да би фактичка већина могла да служи као основ за утврђивање својства контролног члана, потребно је да та већина буде извесна, односно постојана.⁶⁷ Према томе, треба третирати као контролног само оног мањинског члана чија фактичка већина са великом вероватноћом може да се очекује на седницама скупштине.⁶⁸ Отуда, мањински члан не постаје контролни ако се изузетно догоди да на одређеној седници скупштине има већину гласова присутних (на пример, због изненађујуће малог присуства осталих чланова). Тада је реч о тзв. случајној већини на скупштини,⁶⁹ која искључиво зависи од променљивих околности на које мањински члан не може да утиче. За разлику од тога, фактичка већина омогућава контролни

⁶³ W. Bayer, „AktG § 17“, Rn. 35; A. Schall, „AktG § 17“, Rn. 32; O. Keßler, „AktG § 17“, Rn. 6.

⁶⁴ A. Schall, „AktG § 17“, Rn. 31.

⁶⁵ ЗПД, чл. 208 ст. 3 и чл. 353 ст. 1.

⁶⁶ Тако је у пракси некада и 11% капитал-учешћа било довољно за утврђивање својства контролног члана на основу фактичке већине. За упоредно право вид. Марко Радовић, стр. 444; Б. Михајловић, стр. 79.

⁶⁷ V. Emmerich, M. Habersack, § 17 AktG, Rn. 12; A. Schall, „AktG § 17“, Rn. 21 и 32.

⁶⁸ W. Bayer, „AktG § 17“, Rn. 35.

⁶⁹ W. Bayer, „AktG § 17“, Rn. 51.

утицај мањинског члана ако седницама скупштине редовно присуствује мали број осталих чланова са правом гласа.

4.2. Комбинована контрола

Мањински члан може да има контролу над друштвом и када његова гласачка моћ на скупштини сама по себи не би била довољна за именовање и разрешење већине чланова управе. Тада је неопходно да члан уз капитал-учешће има и друга средства контроле која појачавају његов утицај на пословање друштва и чине га одлучујућим, односно контролним.⁷⁰ У овом случају се контрола заснива на комбинацији више средстава контроле, укључујући капитал-учешће, па се из тог разлога у теорији означава као „комбинована контрола“.⁷¹

Нажалост, правила Закона о привредним друштвима недовољно јасно уређују врсте средстава контроле чија комбинација може да доведе до контролног утицаја на друштво. У одредби која дефинише контролу као могућа средства утицаја се помињу: а) учешће у основном капиталу, б) уговор и в) право на именовање већине директора, односно чланова надзорног одбора. Из тога на први поглед произлази да контрола члана може да се заснива само на комбинацији капитал-учешћа са уговорном позицијом и/или правом на именовање већине чланова управе. Са друге стране, дефинисање контроле као права или *моућносѝи* одлучујућег утицаја наводи на закључак да средства контроле не треба да буду ограничена само на наведене правне механизме, него могу да обухвате и разне друге фактичке околности које појачавају утицај члана на основу капитал-учешћа. Имајући у виду да је у развијеним упоредноправним системима круг средстава контроле врло широко постављен, чини се да другонаведеном тумачењу треба дати предност. Према томе, мањински члан може да постане контролни на основу комбинације капитал-учешћа са другим средствима контроле правног или фактичког карактера.⁷²

Међу средства контроле правног карактера која појачавају утицај члана по основу капитал-учешћа и чине га контролним спадају, примера ради, одговарајуће одредбе у оснивачком акту или у статуту, којима се увећава његова гласачка моћ. Тако, члану може бити дато право на именовање већине директора или чланова надзорног одбора или већинско право гласа у

⁷⁰ Упор. W. Bayer, „AktG § 17“, Rn. 31; Note, „Controller Confusion: Realigning Controlling Stockholders and Controlled Boards“, стр. 1714.

⁷¹ V. Emmerich, M. Habersack, § 17 AktG, Rn. 16; W. Bayer, „AktG § 17“, Rn. 31; O. Keßler, „AktG § 17“, Rn. 5.

⁷² A. Schall, „AktG § 17“, Rn. 27.

одлучивању о битним питањима за пословање друштва.⁷³ Додуше, наведена могућност у важећем српском праву постоји само код друштава са ограниченом одговорношћу, али не и код акционарских друштава, јер је код њих правило „једна обична акција – један глас“ прописано као императивно.⁷⁴ Насупрот увећању гласачке моћи, установљавање посебног права вета у корист члана само по себи не може да обезбеди контролу, будући да не омогућава активно обликовање пословања у складу са интересима члана, већ једино спречава усвајање одређених одлука.⁷⁵

Осим одредби оснивачког акта или статута, правна средства контроле у комбинацији са капитал-учешћем могу да се заснивају и на уговору. Свакако да мањински члан може да постане контролни на основу уговора о контроли и управљању, који закључи са друштвом.⁷⁶ Међутим, други уговори такође могу да представљају додатна средства контроле, и то не само уговори компанијскоправне природе (попут уговора чланова), него и уговори искључиво облигационоправне природе (попут уговора о зајму, о кредиту, о лиценци).⁷⁷ Проблем са другонаведеном групом уговора је у томе што се морају разграничити ситуације у којима члан као уговорна страна са друштвом користи редовне правне механизме како би остварио своја права, од ситуација у којима своју уговорну позицију третира као „оружје“ којим прети друштву како би усмеравао његово пословање изван датог уговорног односа у сопственом интересу, а на штету других носилаца ризика пословања.⁷⁸ Када члан користи редовне правне механизме за остварење својих уговорних захтева, као што су опомена пред утужење, тужба, принудно намирење и други, то не треба сматрати додатним средством контроле које га чини контролним чланом, јер наведене радње имају за непосредан циљ да друштво испуни своје уговорне обавезе. За разлику од тога, када члан своју уговорну позицију злоупотребљава у циљу утицаја на пословање друштва, такво поступање може да доведе до успостављања комбиноване контроле.⁷⁹

Поред правних, комбинована контрола може да се заснива и на различитим фактичким средствима утицаја на пословање. Примера ради, могуће

⁷³ Упор. W. Bayer, „AktG § 17“, Rn. 124; A. Schall, „AktG § 17“, Rn. 48.

⁷⁴ Вид. ЗПД, чл. 152 ст. 2 и чл. 251 ст. 1 тач. 1. Упор. Б. Михајловић, стр. 80.

⁷⁵ V. Emmerich, M. Habersack, § 17 AktG, Rn. 25; A. Schall, „AktG § 17“, Rn. 29. Упор. W. Bayer, „AktG § 17“, Rn. 45; J. Koch, § 17 AktG, Rn. 10.

⁷⁶ Б. Михајловић, стр. 80.

⁷⁷ Упор. Решење Привредног апелационог суда 4 Пж 10527/21 од 28.9.2023. године, у коме се сматра да уговорно деловање треба да буде предвиђено оснивачким актом, статутом или уговором чланова друштва. Вид. и: Марко Радовић, стр. 444.

⁷⁸ А. М. Lipton, стр. 1991; С. В. Chuff *et al.*, стр. 5.

⁷⁹ То ће нарочито бити случај када је у питању уговор облигационоправне природе који је кључан за опстанак компаније (тзв. уговор „од животне важности“). Вид. А. Schall, „AktG § 17“, Rn. 37.

је да директор члана истовремено буде и директор друштва (тзв. дупли мандат) у ком случају добија моћ да управља пословањем друштва у складу са интересима члана,⁸⁰ или да мањински члан због блиске везе са већином директора одлучујуће утиче на пословање, или да мањински члан истовремено има позицију генералног директора друштва,⁸¹ или да мањински члан врши контролу над нарочито значајним клијентима компаније,⁸² итд. У сваком случају, фактичке околности које појачавају утицај члана на пословање друштва треба да буду довољно постојане, односно извесне, тако да он може на њих да рачуна,⁸³ те да у комбинацији са другим средствима контроле истог члана обезбеђују одлучујући утицај на већину чланова управе.

4.3. Заједничко деловање

Фактичку већину или комбиновану контролу мањински члан може да остварује и уз помоћ других лица. У том случају је за утврђивање својства контролног члана неопходно доказати заједничко деловање члана са једним или више других лица која доприносе његовом одлучујућем утицају на пословање. Према Закону о привредним друштвима, заједничко деловање почива на споразуму између два или више лица да ће користити гласачка права или предузимати друге радње у циљу заједничког утицаја на управљање или пословање друштва.⁸⁴ У контексту правила о контролном члану, барем једно од лица која заједнички делују мора да буде члан друштва, док остала лица начелно могу да буду и изван друштва.⁸⁵ Међутим, ако се заједничко деловање остварује координисаним гласањем на скупштини, јасно је да сва лица која тако делују морају да буду чланови друштва са правом гласа.⁸⁶

Заједничко деловање мора да буде утемељено у споразуму (на пример, уговору о гласању) који стране третирају као обавезујући.⁸⁷ Притом, није од значаја да ли је њихов споразум пуноважан, односно правно обавезујући,⁸⁸ већ чињеница да се та лица понашају у складу са њим и фактички га примењују.⁸⁹ Захваљујући споразуму, заједничко деловање треба да буде постојано⁹⁰ и на

⁸⁰ W. Bayer, „AktG § 17“, Rn. 33; O. Kefler, „AktG § 17“, Rn. 5.

⁸¹ Упор. A. Schall, „AktG § 17“, Rn. 33.

⁸² O. C. Nwaeze, *op. cit.*

⁸³ V. Emmerich, M. Habersack, § 17 AktG, Rn. 12; A. Schall, „AktG § 17“, Rn. 34.

⁸⁴ ЗПД, чл. 62 ст. 7.

⁸⁵ Тако и: Б. Михајловић, стр. 81; Марко Радовић, стр. 445. Супротно вид. В. Радовић (2019), стр. 29.

⁸⁶ О начинима остварења заједничког деловања више вид. В. Радовић (2019), стр. 29.

⁸⁷ W. Bayer, „AktG § 17“, Rn. 38.

⁸⁸ В. Радовић (2019), стр. 28.

⁸⁹ W. Bayer, „AktG § 17“, Rn. 39.

⁹⁰ Упор. В. Радовић (2019), стр. 30.

тај начин „учвршћено“ да члан може да се у њега поузда и рачуна на садејство конкретних лица у остварењу својих циљева. Отуда, нема заједничког деловања ако се два или више чланова *ad hoc* договоре да о конкретној тачки дневног реда заказане седнице скупштине гласају на одређени начин, нити ако с времена на време на исти начин гласају на седницама скупштине, већ је потребна трајност њиховог споразума која је ширег домашаја.⁹¹

Као последица заједничког деловања два или више лица, сви њихови гласови на скупштини, као и сва њихова друга средства контроле посматрају се кумулативно, како би се утврдило да ли постоји одлучујући утицај на пословање друштва.⁹² У случају да је помоћу заједничког деловања постигнута фактичка већина на скупштини или комбинована контрола, поставља се питање кога треба третирати као контролног члана – да ли само једно од лица која заједнички делују или све њих заједно као групу? Ако се заједничко деловање остварује између члана и лица која нису чланови друштва, неспорно је да својство контролног члана једино може да има члан друштва. Насупрот томе, ако се заједничко деловање остварује између два или више чланова друштва, одговор на постављено питање зависи од карактера њиховог споразума у циљу утицаја на пословање друштва. У ситуацији када тај споразум почива на односу равноправности, тако да се чланови договарају око заједничког наступа у односу на управу друштва, све чланове који заједнички делују треба посматрати као контролну групу (заједницу) чланова. За разлику од тога, када међу члановима који заједнички делују један има главну (водећу) улогу, а остали га следе и подржавају у остварењу његових интереса наспрам друштва, само водећег члана треба третирати као контролног.⁹³

5. УМЕСТО ЗАКЉУЧКА

Детаљна анализа начина уређења својства контролног члана у друштвима капитала открива бројне нејасноће и двосмислености релевантних одредби Закона о привредним друштвима. Имајући у виду упоредноправна решења, као и потребу да се правне последице утврђивања својства контролног члана примењују само у оправданим случајевима, треба се заложити за прихватање следећих основних предлога за правилно тумачење законских правила којима се дефинише контролни члан:

1. контролни члан мора истовремено да буде члан друштва и да има контролу над пословањем друштва;

⁹¹ А. М. Lipton, стр. 1997; J. Koch, § 17 AktG, Rn. 15.

⁹² W. Bayer, „AktG § 17“, Rn. 38.

⁹³ Упор. W. Bayer, „AktG § 17“, Rn. 40.

2. контролу над пословањем друштва треба разумети као пресудан утицај на одлучивање већине директора, односно чланова надзорног одбора друштва;
3. законску претпоставку да члан са већинским капитал-учешћем има својство контролног члана треба третирати као обориву;
4. наведена претпоставка својства контролног члана у себи садржи и претпоставку заједничког деловања повезаних лица, коју такође треба третирати као обориву;
5. у датом тренутку контролу над друштвом може да врши или један члан или више чланова заједнички (група, односно заједница чланова);
6. није могуће да контролу над друштвом истовремено имају два члана који су међусобно независни један од другог и не поступају координисано приликом утицаја на пословање друштва;
7. заједничка контрола коју остварује група (заједница) чланова почива на односу равноправности између чланова који заједно врше одлучујући утицај на пословање друштва;
8. у случају заједничке контроле сваког члана који чини део заједнице треба третирати као носиоца посебних дужности према друштву, односно као солидарно одговорно лице за обавезе друштва по правилима о одговорности контролног члана.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

- Ann M. Lipton, „After Corwin: Down the Controlling Shareholder Rabbit Hole“, *Vanderbilt Law Review* 72, no. 6, 2019, стр. 1977-2012
- Bernhard Köstler, „GmbH: Wann gilt ein Gesellschafter als beherrschend?“, 18.10.2023, <https://www.lexware.de/wissen/unternehmensfuehrung/gmbh-wann-gilt-ein-gesellschafter-als-beherrschend/>
- Bobby V. Reddy, „The Fat Controller – Slimming Down the Excesses of Controlling Shareholders in UK Listed Companies“, University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No. 47/2017, <https://ssrn.com/abstract=3056999>
- Christopher B. Chuff, Joanna J. Cline, Matthew M. Greenberg, Taylor B. Bartholomew, „Controlling Stockholder or Member Status under Delaware Law—A Table of Key Decisions“, American Bar Association, Litigation Section, Business Torts & Unfair Competition Committee, July 8, 2021, <https://www.troutman.com/a/web/285929/chuff-et-al.pdf>
- Jens Koch, *Aktiengesetz*, 18. Auflage. C.H. Beck, München 2024
- Leon Anidjar, „A macro-level investigation of transatlantic controlling shareholder’s fiduciary duty“, *Legal Studies* 42/2022, стр. 185–208
- Note, „Controller Confusion: Realigning Controlling Stockholders and Controlled Boards“, *Harvard Law Review* 133/2020, стр. 1076-1727

- Oderah C. Nwaeze, „The Corporate Guide: Avoiding Enhanced Scrutiny of Transactions Involving Controlling Stockholders“, *Faegre Drinker*, March 25, 2022, <https://www.faegredrinker.com/en/insights/publications/2022/3/the-corporate-guide-avoiding-enhanced-scrutiny-of-transactions-involving-controlling-stockholders>
- Oliver Keßler, „AktG § 16 In Mehrheitsbesitz stehende Unternehmen und mit Mehrheit beteiligte Unternehmen“, *Gesellschaftsrecht* (Hrsg. Martin Henssler, Lutz Strohn), 6. Auflage, C. H. Beck, München 2024
- Oliver Keßler, „AktG § 17 Abhängige und herrschende Unternehmen“, *Gesellschaftsrecht* (Hrsg. Martin Henssler, Lutz Strohn), 6. Auflage, C. H. Beck, München 2024
- Ronald J. Gilson, „Controlling Shareholders and Corporate Governance: Complicating the Comparative Taxonomy“, *Harvard Law Review*, Vol. 119, No. 6, 2006, стр. 1641-1679
- Volker Emmerich, Mathias Habersack, *Aktien- und GmbH-Konzernrecht*, 10. Auflage, C.H. Beck, München 2022
- Zipora Cohen, „Fiduciary Duties of Controlling Shareholders: A Comparative View“, *University of Pennsylvania Journal of International Law* 12/1991, стр. 379-410
- Борко Михајловић, *Дужности лојалности према привредном друштву*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац 2018, <https://nardus.mpn.gov.rs/bitstream/handle/123456789/10960/Disertacija.pdf?sequence=6&isAllowed=y>
- Вук Радовић, „Нејединствен појам заједничког деловања“, *Усклађивање пословног права Србије са правом Европске уније* (2019) (ур. Вук Радовић), Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд 2019, стр. 11-35
- Вук Радовић, „Утицај агенцијских проблема на право акционарских друштава и корпоративно управљање“, *Корпоративно управљање – зборник радова* (ур. Мирко Васиљевић, Вук Радовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2008, стр. 235-265
- Јелена Лепетић, *Компанијскоправни режим сукоба интереса*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2014, <https://nardus.mpn.gov.rs/bitstream/handle/123456789/2640/Disertacija.pdf?sequence=6&isAllowed=y>
- Марко Радовић, „Одговорност контролног члана за обавезе друштва престалог принудном ликвидацијом“, *Примена права и правна сигурности – Зборник радова 34. сусретња Копаоничке школе природног права Слободан Перовић*, Том 2, 2021, стр. 439-453
- Небојша Јовановић, Вук Радовић, Мирјана Радовић, *Компанијско право – Право привредних субјеката*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2023
- Татјана Јевремовић Петровић, *Групе привредних друштава*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2014
- Татјана Матковић Стефановић, „Одговорност контролног члана за обавезе брисаног друштва из регистра у случају принудне ликвидације“, *Пословни изазови* 2023, стр. 271-284

Mirjana Z. Radović
University of Belgrade
Faculty of Law Belgrade
mirjanam@ius.bg.ac.rs
ORCID ID: 0000-0003-1700-6495

Determining the Capacity of a Controlling Shareholder in a Company

Abstract: *In this article, the author analyses the capacity of a controlling shareholder of a limited liability company or a joint stock company under the provisions of the Serbian Law on Partnerships and Companies of 2011. The analysis is based on the current interpretation of the statutory provisions in domestic legal theory and practice, taking into account the understanding developed in comparative legal systems. After some introductory remarks on the importance of determining the capacity of a controlling shareholder, the second part of the paper explains the implicit statutory definition of a controlling shareholder. The third part is devoted to the presumption of the capacity of a controlling shareholder which applies to the shareholder with the majority of the voting rights at the general meeting. Contrary to the prevailing view in the literature, the author argues that this presumption is rebuttable and identifies the main grounds for rebuttal. The fourth part of the paper examines the possibility for a minority shareholder to become a controlling shareholder. In particular, the author focuses on minority control based on a de facto majority of votes in the general meeting, the combination of different means of control and acting in concert. Finally, the concluding part contains an overview of the most important suggestions for the correct interpretation of the legal provisions for determining the capacity of a controlling shareholder.*

Keywords: *Control, Shareholder, Private Limited Liability Company, Joint Stock Company, Law on Partnerships and Companies.*

Датум пријема рада: 27.06.2024.

Датум достављања коначне верзије рада: 02.09.2024.

Датум прихватања рада: 10.09.2024.