

Pravo manjinskih dioničara na podnošenje tužbe u ime dioničkog društva protiv članova uprave i nadzornog odbora

Jurić, Dionis

Source / Izvornik: **Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 2007, 28, 541 - 586**

Journal article, Published version

Rad u časopisu, Objavljena verzija rada (izdavačev PDF)

Permanent link / Trajna poveznica: <https://urn.nsk.hr/urn:nbn:hr:118:010270>

Rights / Prava: [In copyright](#) / [Zaštićeno autorskim pravom.](#)

Download date / Datum preuzimanja: **2024-04-26**

PRAVRI

Pravni fakultet Faculty of Law



Sveučilište u Rijeci
University of Rijeka

Repository / Repozitorij:

[Repository of the University of Rijeka, Faculty of Law](#)
[- Repository University of Rijeka, Faculty of Law](#)



PRAVO MANJINSKIH DIONIČARA NA PODNOŠENJE TUŽBE U IME DIONIČKOG DRUŠTVA PROTIV ČLANOVA UPRAVE I NADZORNOG ODBORA

Dr. sc. Dionis Jurić,
viši asistent-znanstveni novak
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 347.72.031
347.72.036:343.12
Ur.: 12. prosinca 2006.
Pr.: 8. siječnja 2007.
Pregledni znanstveni članak

Pravo manjinskih dioničara na podnošenje tužbe u ime društva protiv članova upravnih i nadzornih tijela dioničkog društva predstavlja jedno od sredstava kojima dioničari mogu utjecati na pravilan i kvalitetan rad članova tih tijela. O podnošenju tužbe odlučuje glavna skupština društva, a u slučaju ako upravna i nadzorna tijela ne podnesu tužbu u propisanim rokovima, daje se mogućnost samim dioničarima da podnesu tužbu. Eventualne zloupotrebe tužbe od strane dioničara nastoje se ukloniti prethodnim sudskim nadzorom osnovanosti podnošenja tužbe, odnosno imenovanjem nepristranih posebnih parničnih odbora koji ocjenjuju osnovanost i svrhovitost podnošenja tužbe uzimajući u obzir interese društva. Pritom se u angloameričkom pravu razvila derivativna tužba koju može podnijeti bilo koji dioničar, dok se u kontinentalnom pravu ovlast podnošenja tužbe u ime društva daje manjinskim dioničarima.

Ključne riječi: *odgovornost, uprava, nadzorni odbor, derivativna tužba, manjinski dioničari, odštetna tužba u ime društva.*

1. Uvod

Članovi upravnih i nadzornih tijela dioničkih društava imaju određene ovlasti u pogledu vođenja poslova i zastupanja, kao i nadzora nad vođenjem poslova društva. Postojanje ovih ovlasti članova upravnih i nadzornih

tijela dioničkih društava pretpostavlja i postojanje njihove odgovornosti u slučaju ako oni ne ispunjavaju svoje obveze, kao i obvezu postupanja s određenom pozornošću u obavljanju tih ovlasti. Pritom članovi upravnih i nadzornih tijela društva u prvom redu odgovaraju samom društvu koje je samostalni pravni subjekt u pravnom prometu, ali oni moraju voditi računa i o interesima različitih sudionika koji se javljaju u dioničkom društvu. Tako u prvom redu o interesima samog društva, ali i interesima dioničara, zaposlenika, vjerovnika društva i, konačno, određenih općih interesa. Kada se radi o konceptu odgovornosti članova upravnih i nadzornih tijela društva, valja praviti razliku između angloameričkog i kontinentalnog pravnog sustava. U angloameričkom sustavu članovi upravnog odbora pri obnašanju svojih ovlasti u prvom redu moraju brinuti o interesima samog društva, odnosno dioničara. U ovom pravnom sustavu pravila o odgovornosti i dužnoj pozornosti članova upravnih odbora razvila su se u sudskoj praksi te su pravna pravila sekundarna u uređenju te materije. S druge strane, u kontinentalnom pravnom sustavu članovi uprave i nadzornog odbora moraju voditi računa kako o interesima društva, tako i o interesima dioničara, zaposlenika, vjerovnika, ali i o općim interesima. Pritom veliku ulogu imaju pisana pravila koja uređuju pitanje odgovornosti i dužne pozornosti članova uprave i nadzornog odbora. Razlog toj razlici valja naći upravo u orijentaciji angloameričkog sustava na tržište kao regulatorni mehanizam koji rješava problem mnoštva interesa različitih sudionika koji se javljaju u odnosima s dioničkim društvima, za razliku od kontinentalnog pravnog sustava gdje se pojavljuje intervencija države koja svojim propisima nastoji zaštititi i uspostaviti ravnotežu interesa različitih sudionika, te se javlja kao aktivni sudionik u poslovnoj praksi. Očiti primjer za to je slučaj Njemačke, u kojoj je država odigrala značajnu ulogu već u 19. stoljeću u industrijalizaciji i jačanju domaćih dioničkih društava.¹ U slučaju pojave povreda obveza članova upravnih i nadzornih tijela dioničkog društva samim se dioničarima daje mogućnost da podnose tužbe za naknadu štete protiv članova upravnih i

¹ Tako je odlika njemačkog gospodarskog i pravnog sustava ta da se kao glavni dobavljači kapitala dioničkim društvima pojavljuju banke (bilo kao vjerovnici, bilo kao izravni ulagatelji ili skrbnici pojedinačnih ulagatelja), utvrđuje se čvrsta unutarnja struktura dioničkih društava (obvezatni dualistički sustav), u rad tijela društva uključuju se i zaposlenici (suodlučivanje) i dr. Slična situacija je bila i u Francuskoj, iako je ona znatno ranije prihvatila fleksibilnija rješenja, uzimajući u obzir i iskustva angloameričkog sustava. S druge strane angloamerički sustav obilježava to da se kao glavni dobavljači kapitala pojavljuju različiti sudionici na tržištu kapitala (pojedinačni ulagatelji, mirovinski i investicijski fondovi, trgovačka društva), što je uvjetovalo i rani razvoj regulative zaštite ulagatelja (npr. Takeover Panel u Velikoj Britaniji), pravna pravila imaju najčešće autonomni karakter, samim osnivačima društva prepuštena je sloboda da statutom društva urede unutarnje ustrojstvo (prevladava monistički sustav), a interesi radnika se ostvaruju na tržištu rada i u okviru radnog prava, a ne prava društava. Vidi u Franks, Julian, Mayer, Colin, Wagner, Hannes F., *The Origins of the German Corporation – Finance, Ownership and Control*, March 2005, <http://ssrn.com/abstract=685822>, 14. rujan 2005., str. 4-18., Fanto, J.A., op. cit., str. 36-47., Alcouffe, Christiane, *Judges and CEOs: French Aspects of Corporate Governance*, *European Journal of Law and Economics*, 9:2/2000., str. 128-130.

nadzornih tijela. Te tužbe podnose se u ime dioničkog društva, a eventualna naknada štete dosuđuje se u korist dioničkog društva, a ne individualnih dioničara. Pretpostavka za njihovo podnošenje jest da je došlo do posrednog nastanka štete za dioničare štetnim radnjama članova upravnih i nadzornih tijela. Na taj način se tužbe u ime dioničkog društva pojavljuju kao značajna pravna sredstva kojima dioničari mogu utjecati na korporacijsko upravljanje u dioničkom društvu. Pritom angloamerički pravni sustav odlikuje pravo svakog pojedinog dioničara na podnošenje takve tužbe, dok kontinentalni pravni sustav odlikuje da to pravo uživaju manjinski dioničari. To je posljedica strukture dioničara u angloameričkim i kontinentalnim dioničkim društvima, gdje u prvim prevladavaju disperzirani, individualni dioničari, dok u drugima dolazi do pojave većinskih dioničara, što uvjetuje potrebu posebne zaštite manjinskih dioničara.

2. Odgovornost i sukobi interesa članova upravnih i nadzornih tijela dioničkih društava

2.1. Odgovornost i sukobi interesa članova upravnih odbora u angloameričkom pravu

U SAD-u i Velikoj Britaniji sudska je praksa razvila standard fiducijarne pozornosti (engl. *fiduciary duty*) koji služi za određenje opsega ovlasti i utvrđenje odgovornosti članova upravnog odbora prema društvu i prema dioničarima, ali i većinskih dioničara u odnosu na manjinske dioničare. Taj standard dolazi do izražaja u postupku donošenja odluka članova upravnog odbora.² Na taj način se pod utvrđeni standard mogu podvoditi različite situacije koje se javljaju u praksi i koje nije moguće predvidjeti i kategorizirati. Stoga je to rješenje fleksibilnije u odnosu na rješenja u kontinentalnom pravnom sustavu.³ Pritom valja razlikovati dvije osnovne

² Bohinc, R Rado, *Korporacijsko upravljanje*, ZDA, Evropa, Slovenija, Fakulteta za društvene vede, Ljubljana, 2001., str. 210-211., Gerželj, Gregor, *Odškodninska obveznost kot posledica kršitve skrbnosti vestnega in poštenega gospodarstvenika*, u knjizi Zajc, Katarina (urednica), *Corporate Governance v Sloveniji: Pravnoekonomska analiza gospodarskih družb*, Pravna fakulteta, Ljubljana, 2004., str. 171., Black, Bernard S., *The Principal Fiduciary Duties of Boards of Directors*, Presentation at Third Asian Roundtable on Corporate Governance, Singapore, April 2001, str. 1., Zajc, Katarina, *Fiduciary Duties of Corporate Directors and/or Managers: an Overview of the US Legal System*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 54 (1/2004.), str. 106-108., Johnson, Simon H., La Porta, Rafael, Lopez de Silanes, Florencio, Shleifer, Andrei, Tunnelling, Harvard Institute of Economic Research Paper No. 1887, January 2000, <http://ssrn.com/abstract=204868>, 14. rujna 2005., str. 4-7.

³ U angloameričkom pravnom sustavu sudovi imaju veću diskreciju pri utvrđivanju da li su članovi upravnog odbora prekršili svoju fiducijarnu pozornost u obnašanju svojih obveza. Države kontinentalnog pravnog sustava nemaju standarda fiducijarne pozornosti članova upravnih tijela društva. Razlozi za to su stav da članovi upravnih tijela mogu biti odgovorni

fiducijarne pozornosti koje članovi upravnog odbora duguju društvu: obveza vjernosti (engl. *duty of loyalty*) i dužna pozornost engl. (*duty of care*). Njima treba pridodati i obvezu obavještanja (engl. *duty of disclosure*) i posebnu obvezu dodatne pozornosti članova upravnog odbora ciljanog društva u postupku preuzimanja.

Najznačajnija obveza u okviru fiducijarne pozornosti jest obveza vjernosti prema društvu, koja dolazi do izražaja kada članovi upravnog odbora donose odluke te se pritom moraju ravnati sukladno interesima društva, odnosno dioničara. Obveza vjernosti dolazi do izražaja u slučaju pojave transakcija kod kojih se javlja sukob interesa člana upravnog odbora i interesa društva. Kod tih transakcija od članova uprave zahtijeva se da ne postupaju po vlastitim interesima, već da vode računa o interesima samog društva. Obveza vjernosti se najčešće krši u slučajevima transakcija u vlastitu korist (engl. *self-dealing transactions*), pri donošenju odluka o naknadama za rad članova upravnog odbora (engl. *executive compensation*)⁴ i pri prisvajanju koristi od poslovanja društva za osobne potrebe člana uprave (engl. *corporate opportunity*).⁵ O transakcijama u vlastitu korist govorimo u onim slučajevima kada se član upravnog odbora društva i to isto društvo pojavljuju kao ugovorne strane u određenom pravnom poslu, pri čemu taj član upravnog odbora utječe na odluku društva o sklapanju tog pravnog posla i nastaje potencijalni sukob između financijskih interesa odnosno člana upravnog odbora i financijskih interesa društva.⁶ Ovakvi pravni

samo društvu, a ne i članovima društva; postojanje postupaka u kojima se rješavaju slučajevi sukoba interesa, a koji štite članove upravnih odbora, unatoč tome što transakcije nisu u interesu društva (npr. suglasnost glavne skupštine društva za sve ugovore kod kojih se javlja sukob interesa); nelojalni postupci članova upravnih tijela tretiraju se kao prekršaji i kaznena djela, te se smatra da su ta pravna sredstva efikasnija od građanskopravnih sredstava. Vidi u Johnson, S. et al., op. cit., str. 4-7.

⁴ Odluku o naknadi donosi upravni odbor, osim ako je statutom određeno drugačije (čl. 8.11. MBCA). Ta odluka će biti valjana ako je naknada pravedna u odnosu na društvo u trenutku donošenja, ako su je odobrili i potvrdili nepristrani članovi upravnog odbora rukovodeći se pravilom poslovnog prosuđivanja (engl. *business judgement rule*) ili su je potvrdili dioničari. Vidi u Zajc, K., op. cit., str. 119-120.

⁵ Ovdje se radi o tome da član upravnog odbora ne smije prisvojiti eventualne koristi koje mogu proizaći iz poslovanja društva, upotrebljavati imovinu društva u osobnom interesu te konkurirati društvu. On će to moći učiniti ako prethodno ponudi te koristi iz poslovanja društvu te izvijesti društvo o postojanju sukoba interesa u konkretnom slučaju i postojanju koristi, a društvo odbije tu korist, pri čemu je odbijanje pravedno za društvo, odluku o odbijanju su donijeli nepristrani članovi upravnog odbora ili su odbijanje odobrili nepristrani dioničari. Ovdje valja navesti i presudu u slučaju *Guth v Loft, Inc.* (5 A.2d 503 (Del. 1939)). Vidi u Zajc, K., op. cit., str. 118-119.

⁶ Pritom se razlikuje izravni sukob interesa kada je ugovorna strana sam član upravnog odbora ili njegov bliži srodnik ili ima značajniji financijski interes iz takvog pravnog posla (čl. 8.60.(1)(i) MBCA)). O posrednom sukobu interesa govorimo onda kada ugovorna strana nije član upravnog odbora ili njegov bliži srodnik, već pravna osoba s kojom je povezan član upravnog odbora. To će biti slučaj kada je član upravnog odbora društva ujedno i član upravnog odbora, komplementar, zastupnik ili zaposlenik drugog društva koje sklapa ugovor, ako se

poslovi bit će valjani ako član upravnog odbora izvijesti upravni odbor o postojanju sukoba interesa te ako ih upravni odbor odobri većinom glasova,⁷ ili ako je pravni posao pošten u odnosu na društvo s obzirom na okolnosti u trenutku njegovog poduzimanja.⁸ Sporni pravni posao može potvrditi i glavna skupština društva.⁹ Pravne poslove u pogledu kojih postoji sukob interesa mogu u sudskom postupku pobijati dioničari, odnosno upravni odbor društva, pri čemu na tužitelju leži teret dokaza da sporni pravni posao nije potvrđen odlukom upravnog odbora ili glavne skupštine, odnosno da nije pravedan u odnosu na društvo (čl. 8.61. MBCA).¹⁰ Sarbanes-Oxley Act u čl. 402. zabranjuje društvu odobravanje novih zajmova ili promjene postojećih zajmova koji se daju članovima upravnog odbora i službenicima

radi o odnosu vladajućeg i ovisnog društva, te ako ugovor sklapa osoba koja je komplementar, nalogodavac ili poslodavac članu upravnog odbora (čl. 8.60.(1)(ii) MBCA)).

⁷ Član upravnog odbora koji se nalazi u sukobu interesa mora izvijesti upravni odbor o postojanju i prirodi sukoba interesa te svim činjenicama koje su mu poznate o spornom pravnom poslu za koje bi prosječno pozorna osoba smatrala da su relevantne za davanje suglasnosti za poduzimanje takvog pravnog posla (čl. 8.60.(4) MBCA). Sporni pravni posao moraju potvrditi većinom glasova (najmanje 2 glasa) svi ostali članovi upravnog odbora koji nemaju nikakvog interesa u spornom pravnom poslu, niti se nalaze u obiteljskoj, financijskoj, profesionalnoj i radnopravnoj vezi s članom uprave u pogledu kojeg postoji sukob interesa, odnosno članovi posebnog odbora (engl. *committee*) koji je sastavljen od navedenih nepristranih članova upravnog odbora, a koji je glasovao o spornoj transakciji nakon što joj je bio priopćen sukob interesa (čl. 8.62.(a) MBCA). U slučaju ako se radi o posrednom sukobu interesa i ako je član upravnog odbora vezan dužnošću čuvanja poslovne tajne, smatrat će se da je ispunio svoju obvezu izvještavanja upravnog odbora ako priopći postojanje i prirodu sukoba interesa te obvezu čuvanja poslovne tajne i ne učestvuje u donošenju odluke upravnog odbora o davanju suglasnosti za taj sporni pravni posao (čl. 8.62.(b) MBCA). Za donošenje valjane odluke se traži postojanje kvoruma na upravnom odboru, odnosno posebnom odboru koji čini većina nepristranih članova (najmanje 2 člana), a u glasovanju ne može sudjelovati onaj član upravnog odbora koji se nalazi u sukobu interesa (čl. 8.62.(c) MBCA).

⁸ Čl. 8.61.(b)(3) MBCA.

⁹ Glavna skupština, odnosno nepristrani dioničari koji imaju dionice koje daju pravo glasa, osim onih dionica koje za račun člana upravnog odbora u sukobu interesa, odnosno njegovog bliskog srodnika drži punomoćnik, ili dionica koje on kontrolira, može većinom glasova odobriti sporni pravni posao uz uvjet da je glavna skupština izviještena o postojanju sukoba interesa, da je član upravnog odbora u sukobu interesa prethodno izvijestio tajnika društva o broju dionica koje za člana upravnog odbora, odnosno njegovog bliskog srodnika drži punomoćnik, kao i o identitetu punomoćnika te je izvijestio dioničare o prirodi i postojanju sukoba interesa i o svim relevantnim okolnostima spornog pravnog posla. Za valjano odlučivanje glavne skupštine traži se kvorum koji čini većina nepristranih dioničara, a u glasovanju ne mogu sudjelovati punomoćnici koji drže dionice za račun člana upravnog odbora, odnosno njegove bliske srodnike. Ako član upravnog odbora u sukobu interesa propusti obavijestiti tajnika društva o dionicama iz kojih se ne može ostvarivati pravo glasa, a dokaže da taj propust nije utjecao na donošenje valjane odluke glavne skupštine, sud može odrediti valjanost odluke glavne skupštine o odobrenju sporne transakcije (čl. 8.63. MBCA).

¹⁰ Gerželj, G., op. cit., str. 173-176., Garza, Julian J., *Rethinking Corporate Governance: The Role of Minority Shareholders – A Comparative Study*, St. Mary's Law Journal, Vol. 31, 1999-2000, str. 631-632., Zajc, K., *Fiduciary Duties of Corporate Directors and/or Managers*, str. 115-120., Black, B.S., op. cit., str. 3-5.

društva.¹¹ Ovakva apsolutna zabrana davanja zajmova članovima upravnog odbora i službenicima nastala je kao reakcija na financijske skandale u slučajevima Adelphia i Tyco, ali ona može u praksi izazvati negativne posljedice.¹² Čl. 406. Sarbanes-Oxley Act -a uvodi obvezu članova upravnog odbora da podnose tromjesečna i godišnja izvješća o tome da li je društvo usvojilo etički kodeks za starije financijske službenike, odnosno da pojasni zašto to nije učinio. Iako etički kodeks nije obvezatan, njegovo postojanje može doprinijeti sprečavanju pojave sukoba interesa.¹³ Značajnu ulogu pri odobrenju takvih spornih pravnih poslova imaju neovisni članovi upravnog odbora.

U engleskom pravu se u sudskoj praksi također razvilo načelo kako nitko tko ima fiducijarne obveze ne može ulaziti u pravne odnose u kojima ima, ili bi mogao imati osobne interese koji se kose s interesima one osobe

¹¹ Do donošenja Sarbanes-Oxley Act -a 2002. godine davanje zajmova bilo je uređeno propisima saveznih država koji su dozvoljavali davanje zajmova članovima upravnih odbora uz poštivanje određene procedure.

¹² Zajmovi koji se daju članovima upravnog odbora (engl. *sweetheart loans*) najčešće se pojavljuju kada članovi upravnog odbora zbog svog položaja unaprijed znaju za prijetuću insolventnost društva, pa izvlače imovinu iz društva putem takvih zajmova prije otvaranja stečajnog postupka. Ova zabrana predviđena Sarbanes-Oxley Act -om smanjuje primjerenost zajmova kao sredstva za korporacijsko upravljanje, iako oni i dalje ostaju legitimno sredstvo. S druge strane nepošteni članovi upravnog odbora mogu zloupotrebjavati druga sredstva za korporacijsko upravljanje koja su još dopuštena, a koja su nepovoljnija s računovodstvenog i korporacijskog aspekta u odnosu na zajmove (npr. leasing po povoljnim uvjetima, izvanredne dividende, otkup posebnog roda dionica koje drže članovi upravnog odbora, prodaja imovine društva po povoljnim uvjetima). Ipak, kod primjene tih drugih instrumenata nagrađivanja članova upravnog odbora do izražaja dolaze propisi saveznih država i primjena načela i obveze vjernosti (engl. *duty of loyalty*). Konačno, stoji prigovor da se Sarbanes-Oxley Act nije pozabavio opcijama čije je značenje daleko veće u nagrađivanju članova upravnih odbora, iako su bili prisutni zahtjevi za to. Vidi u Cunningham, Lawrence A., The Sarbanes - Oxley Yawn: Heavy Rethoric, Light Reform (And It Just Might Work), Connecticut Law Review, Spring 2003, str. 960-962., Holcomb, John M., Corporate Governance: Sarbanes-Oxley Act, Related Legal Issues And Global Comparisons, Denver Journal of International Law and Policy, Spring 2004, str. 194.

¹³ I ova obveza je nastala kao rezultat slučaja Enron, čiji je etički kodeks bio mijenjan kako bi dopustio članovima upravnog odbora da obnašaju dužnosti koje su inače predstavljale slučajeve sukoba interesa. Etički kodeks predstavlja skup standarda koji promiču pošteno i etičko ponašanje, cjelovito, pravedno, točno, razumljivo i pravovremeno obavješćavanje društva i postupanje koje je sukladno propisima i autonomnim pravilima. Vidi u Cunningham, L.A., op. cit., str. 957-958. Pravila njujorške burze u Odjeljku 303A točka 10. obvezuje uvrštena dionička društva da usvoje i objave kodekse poslovnog ponašanja i etike za članove upravnih odbora, službenike i zaposlenike i da pravovremeno i hitno objave odstupanja od kodeksa. Svako društvo samo određuje svoj kodeks koji služi kao parametar za postupanje članova upravnih odbora, službenika i zaposlenika društva, pri čemu on osobito mora sadržavati odredbe o sukobima interesa (engl. *conflicts of interest*), prisvajanjima koristi od poslovanja društva (engl. *corporate opportunities*), obvezi čuvanja poslovnih tajni društva, pravednom postupanju, zaštiti i pravilnoj upotrebi imovine društva, postupanju u skladu s propisima i autonomnim pravilima te poticanju izvješćavanja o nezakonitim i neetičkim postupanjima.

koju mora štiti.¹⁴ Ipak od ovog načela moguće je i odstupati, pa tako član upravnog odbora može poduzimati i one poslove kod kojih se pojavljuje sukob interesa, ali uz uvjet da o tome izvijesti dioničare i dobije njihovo odobrenje za takav pravni posao, kao što društvo može svojim statutom predvidjeti mogućnost da članovi upravnog odbora sklapaju s društvom ugovore u svoju korist pod određenim uvjetima.¹⁵ Čl. 317. CA 1985 obvezuje člana upravnog odbora koji ima posredno ili neposredno interes u ugovoru, pravnom poslu ili sporazumu s društvom da izvijesti na sjednici upravni odbor društva o prirodi svog interesa. Obavijest se daje na sjednici upravnog odbora koji odlučuje o namjeravanom spornom pravnom poslu ili na sljedećoj sjednici po zaključenju pravnog posla.¹⁶ Ako član upravnog odbora ne izvijesti upravni odbor o postojanju njegovog osobnog interesa u određenom pravnom poslu s društvom, pravni posao će biti pobojan i član upravnog odbora može biti pozvan na odgovornost.¹⁷ Pored ovog općeg pravila Zakon o trgovačkim društvima posebno uređuje određene vrste pravnih poslova koje društvo sklapa s članovima svojeg upravnog odbora i koji podliježu određenim ograničenjima (zajmovi, prikriveni zajmovi, krediti (leasing, uvjetne prodaje, najam, zakup), značajnija stjecanja imovine društva, ugovori o službi i sl.).¹⁸ Ako društvo ipak sklopi takve

¹⁴ To vrijedi i u odnosu člana upravnog odbora i društva (slučajevi *Aberdeen Rly Co v Blaikie Bros* (1854) 1 Macq 461 (HL (Sc.)) i *Transvaal Lands Co v New Belgium (Transvaal) Land and Development Co* (1914) 2 Ch 488). Vidi u Farrar, John H., Hannigan, Brenda, Farrar's Company Law, 4th edition, London, Dublin and Edinburgh, Butterworths, 1998., str. 396., Birds, John, Ferran, Eilis, Villiers, Charlotte, Boyle, A.J., Boyle & Birds' Company Law, Jordans, Bristol, 1995., str. 458.

¹⁵ Tako čl. 85. CA 1985 određuje da svaki član upravnog odbora može pod uvjetima određenim ovim Zakonom i uz uvjet da izvijesti ostale članove upravnog odbora o prirodi i opsegu svojeg materijalnog interesa sklapati ugovor i poduzimati druge poslove s društvom čiji je član upravnog odbora, član upravnog odbora ili zaposlenik drugog društva u kojem društvo ima interes te neće biti odgovoran društvu u čijem je upravnom odboru član zbog takvog posla, članstva ili zaposlenja, niti će biti dužan izbjegavati takve poslove. Takav član upravnog odbora ne smije odlučivati na sjednici upravnog odbora koja odlučuje o spornom pravnom poslu. Davanje obavijesti ne konvalidira pravne poslove koji su bili nevaljani zbog postupanja člana upravnog odbora protivno načelu dobre vjere i interesima društva.

¹⁶ Neće biti valjana obavijest koja je dana nekom posebnom odboru upravnog odbora ili pojedinom neovisnom članu upravnog odbora. Moguće je dati i opću obavijest o postojanju interesa u svim budućim poslovima koji će se sklapati.

¹⁷ Farrar, J.H., Hannigan, B., op. cit., str. 398-402.

¹⁸ Čl. 330. CA 1985 zabranjuje društvu davanje zajmova (engl. *loans*) članovima svojeg upravnog odbora i „direktorima u sjeni“, kao i članovima upravnog odbora svojeg holding društva. Zabranjuje se davanje zajmova i osobama koje su povezane s članovima upravnog odbora (bliski srodnici, pravne osobe s kojima je povezan član upravnog odbora, punomoćnici koji djeluju za člana upravnog odbora, kao i komplementari člana upravnog odbora). Iznimno, društvo može odobriti zajam članu svojeg upravnog odbora ako njegova ukupna vrijednost nije veća od 5,000.00 funti (čl. 334. CA 1985), može odobriti zajmove društvima koja su s njime povezana, kao i holding društvu (engl. *intra-group transactions*, čl. 333 CA 1985), te, konačno, ako je društvo kreditna institucija ono može odobriti zajmove bilo kojoj osobi u okviru obavljanja svoje poslovne djelatnosti te pod jednakim uvjetima, pri čemu najviša ukupna vrijednost zajma

pravne poslove, oni neće biti valjani.¹⁹ Član upravnog odbora koji se nalazio u sukobu interesa mora vratiti društvu sve koristi koje je pribavio takvim pravnim poslom i nadoknaditi štetu koja je nastala društvu sklapanjem posla (čl. 341. CA 1985). Kod svih takvih pravnih poslova zahtijeva se da se upravni odbor na sjednici izvijesti o postojanju osobnog interesa određenog člana upravnog odbora.²⁰ Kombinirani kodeks osobito naglašava ulogu neovisnih neizvršnih članova upravnog odbora koji čine posebne odbore za imenovanja, reviziju i određivanje naknada za rad, a koji pomažu upravnom odboru u donošenju onih odluka kod kojih je prisutan sukob interesa između izvršnih članova upravnog odbora i društva.

Sljedeća obveza koja proizlazi iz fiducijarne pozornosti jest dužna pozornost (engl. *duty of care*) koja dolazi do izražaja u vođenju i zastupanju društva prema trećim osobama, pri čemu članovi upravnog odbora moraju postupati pažljivo i moraju nastojati donositi dobre odluke. Ova dužna pozornost dolazi do izražaja u onim situacijama koje ne predstavljaju slučajeve sukoba interesa članova upravnog odbora i društva.²¹ Sudovi u pravilu ne utvrđuju odgovornost članova upravnog odbora za poslovne odluke koje donose, a nemaju karakter sukoba interesa, osim ako su takve odluke potpuno nerazumne. Ta doktrina neuplitanja suda u poslovne odluke upravnog odbora naziva se pravilom poslovnog prosuđivanja (engl. *business judgement rule*). Razlozi za to su sljedeći: a) sud je u pravilu loš procjenitelj pri naknadnoj procjeni poslovne odluke koja se pokazala lošom; b) razlozi za lošu poslovnu odluku mogu biti različiti (krivnja upravnog odbora pri odlučivanju samo je jedna od njih); c) neke rizične odluke bit će uspješne, dok će druge biti pogubne za društvo. Ako bi se članovi upravnog odbora izlagali riziku da budu osobno odgovorni za štetne posljedice svojih poslovnih odluka, oni bi se ustručavali od donošenja rizičnih odluka, a time bi se smanjio i broj dobrih poslovnih odluka.²² Taj standard dužne pozornosti našao je svoje uobličenje i u američkom Model-zakonu. Čl. 8.30.

može biti 100,000.00 funti (čl. 338. CA 1985). Ista ograničenja i izuzeci od tih ograničenja postoje i u pogledu prikrivenih zajmova (engl. *quasi –loans*), kredita (tu se radi o leasingu, zakupu, najmu nekretnina i robe, mali krediti mogu imati ukupnu vrijednost do 10,000.00 funti). Ograničenja postoje i u pogledu vezanih transakcija (engl. *related transactions*). Društvo ne smije sklapati ni one pravne poslove na temelju kojih članovi upravnog odbora ili članovi upravnog odbora holding društva, kao i osobe koje su s njima povezane, stječu nenovčanu imovinu društva određene vrijednosti ili društvo stječe nenovčanu imovinu od svojih članova upravnog odbora ili članova holding društva, osim ako je transakcija prethodno odobrena odlukom glavne skupštine društva, odnosno glavne skupštine holding društva (čl. 320. CA 1985). Odobrenje glavne skupštine neće se tražiti u slučaju ako vrijednost nenovčane imovine nije veća od 100,000.00 funti ili 10 % od vrijednosti imovine društva, ako se radi o odnosima između povezanih društava, likvidaciji društva ili je stjecatelj dioničar društva.

¹⁹ Osim ako više nije moguće obaviti restituciju ili društvo nema imovine.

²⁰ Farrar, J.H., Hannigan, B., op. cit., str. 408-409.

²¹ Gerželj, G., op. cit., 171., Black, B.S., op. cit., str. 6.

²² Nije moguće tražiti u poslovnoj praksi prosječno dobre odluke, već je moguće tražiti samo pažljivije poslovne odluke.

MBCA određuje da svaki član upravnog odbora pri obnašanju svojih zadaća mora postupati u dobroj vjeri (engl. *good faith*), s pozornošću prosječno pozorne osobe te na način za kojeg se razumno smatra da je u najboljem interesu društva.²³ Taj se standard primjenjuje i na službenike društva (čl. 8.42. MBCA). Ovako postavljeni standard postupanja članova upravnog odbora preširok je i suviše apstraktan, pa se on ograničava i konkretizira pravilom poslovnog prosuđivanja (engl. *business judgement rule*). To pravilo je sadržano u čl. 8.31. MBCA. Prema njemu član upravnog odbora neće biti odgovoran društvu ili njegovim dioničarima za odluke koje je donio ili radnje koje je poduzeo, odnosno propustio donijeti odluke ili poduzeti radnje u svojstvu člana upravnog odbora, osim ako tužitelj koji traži utvrđenje njegove odgovornosti dokaže: a) ako odredbe statuta društva ne isključuju ili ograničavaju odgovornost člana upravnog odbora za nastalu štetu društvu i njegovim dioničarima pri poduzimanju, odnosno propuštanju poduzimanja radnji u svojstvu člana upravnog odbora,²⁴ ili ako pravila Model-zakona isključuju odgovornost člana upravnog odbora za transakcije kod kojih se pojavljuje sukob interesa; b) da je počinjena sporna radnja ili propuštanje nastalo kao rezultat postupanja koje nije bilo u dobroj vjeri ili je ono rezultat odluke za koju član upravnog odbora nije razumno vjerovao da je u najboljem interesu društva, ili nije bio dovoljno obaviješten s obzirom na okolnosti slučaja, ili je bio pristran zbog svojih obiteljskih, financijskih i poslovnih veza, odnosno bio je ovisan zbog dominacije ili nadzora druge osobe koja je imala materijalni interes u spornom slučaju, ili sustavnog propusta člana upravnog odbora da posveti dovoljno vremena i pozornosti nadzoru nad poslovanjem društva, kada se pojave određene okolnosti koje ukazuju na sporne situacije, ili primi financijsku korist na koju nema pravo ili povrijedi svoju obvezu da postupa pravedno u obnašanju svojih dužnosti. Tužitelj mora dokazati ako traži naknadu štete i to da je društvo ili njegovi dioničari pretrpjelo štetu te uzročnu vezu između spornog postupanja člana upravnog odbora i nastale štete.²⁵ Na taj način se na tužitelja prenosi

²³ Članovi upravnog odbora odnosno njegovih posebnih odbora u slučaju kada imaju potrebne podatke za donošenje odluka ili za provedbu nadzora nad vođenjem poslova, moraju obnašati svoje zadaće s pozornošću koju bi osoba koja se nalazi u sličnom položaju i sličnim okolnostima smatrala razumnom i primjerenom. Ako član upravnog odbora ili njegovog posebnog odbora nije obaviješten, može se pouzdati u postupanje službenika ili zaposlenika društva ili posebni odbor upravnog odbora kojima je upravni odbor prenio ovlast ili obvezu da obave određene zadaće upravnog odbora koje se mogu delegirati. Neobaviješten član upravnog odbora u obavljanju svojih zadaća može se pouzdati u podatke, mišljenja, izvješća, izjave i financijske podatke koje su pripremili ili predstavili službenici ili zaposlenici društva, pravni savjetnici, revizori i drugi stručnjaci koje je angažiralo društvo te posebni odbori upravnog odbora.

²⁴ To ne isključuje odgovornost člana upravnog odbora za novčane iznose koje je dobio od drugog člana upravnog odbora, a na koje nije ovlašten, ako je namjerno nanio štetu društvu ili njegovim dioničarima, ako je odobrio nezakonite podjele dividendi ili ostatka likvidacijske mase dioničarima društva ili je namjerno počinio kazneno djelo.

²⁵ Tužitelj mora dokazati i primjerenost iznosa koje traži tužbom da mu se nadoknade u

teret dokaza da su ispunjene sve pretpostavke potrebne za utvrđivanje odgovornosti člana upravnog odbora za nastalu štetu društvu ili njegovim dioničarima.²⁶ Ako je postupanje člana upravnog odbora nezakonito, neće se primijeniti pravilo poslovnog prosuđivanja, te će on biti odgovoran.²⁷ Pravilo poslovnog prosuđivanja se primjenjuje i na službenike društva (čl. 8.42.(c) MBCA).

Sličnu obvezu članova upravnog odbora da postupaju u dobroj vjeri i u skladu s interesima društva pri vođenju poslova i zastupanju društva te nadzoru nad njima razvila je i engleska sudska praksa.²⁸ Pri ostvarenju svojih ovlasti članovi upravnog odbora moraju voditi računa da ih ostvaruju radi postizanja onih ciljeva zbog kojih su im dane te ovlasti (engl. *proper purpose doctrine*). Time se korigira i ograničava to široko načelo dužne pozornosti članova upravnog odbora pri obavljanju ovlasti. Oni svoje ovlasti ne mogu koristiti za neke usputne svrhe, a pravne radnje koje poduzmu bit će pobojne, čak i ako su ih poduzeli u dobroj vjeri vodeći računa o interesima društva.²⁹ Načelo dužne pozornosti i umijeća (engl. *duty of care and skill*) razvilo se u sudskoj praksi,³⁰ te je razvilo određene pretpostavke koje se mora ispuniti. Tako se zahtijeva da član upravnog odbora postupa s onim stupnjem umijeća koji se razumno očekuje od osobe koja ima njegovo znanje i iskustvo. Taj stupanj stručnosti ocjenjuje se od slučaja do slučaja, ovisno o prirodi i opsegu ovlasti koje ima određeni član upravnog odbora. Nadalje, član upravnog odbora nije obavezan posvetiti trajnu pozornost poslovima društva, već on svoje ovlasti ostvaruje povremeno na sjednicama upravnog odbora i njegovih posebnih odbora. On pritom nije dužan prisustvovati svakoj takvoj sjednici upravnog odbora ili njegovog posebnog odbora čiji je član, iako bi

slučaju neovlaštene upotrebe imovine društva ili povrata dobiti društva.

²⁶ Te pretpostavke su da nije postupao u dobroj vjeri, da se nalazio u sukobu interesa, da nije bio dovoljno obaviješten, da nije postupao u interesu društva.

²⁷ Ako je član upravnog odbora odobrio nezakonite podjele dividendi ili ostatka likvidacijske mase dioničarima društva (engl. *unlawful distributions*), bit će osobno odgovoran društvu za iznose dobiti koji nadmašuju iznose koji su se prema zakonu mogli podijeliti, uz uvjet da tužitelj dokaže da pri donošenju odluke član upravnog odbora nije postupao s dužnom pozornošću (čl. 8.33. MBCA). Član upravnog odbora za kojeg je utvrđena odgovornost ima pravo regresa prema svakom drugom članu upravnog odbora koji je sudjelovao u donošenju takve odluke, kao i prema dioničarima koji su primili nezakonite podjele. Sudski postupak mora se pokrenuti u roku od 2 godine od dana nezakonite podjele dividende, odnosno ostatka likvidacijske mase. Pravo regresa mora se ostvariti u roku od 1 godine od dana pravomoćnog utvrđenja odgovornosti člana upravnog odbora.

²⁸ Slučajevi *Dawson International plc v Coats Patons plc* (1990) BCLC 560, *John Crowther Group plc v Carpets International plc* (1990) BCLC 460, *Fulham Football Club Ltd v Cabra Estates plc* (1994) 1 BCLC 363, *Thorby v Goldberg* (1964) 112 CLR 597. Tu je i obveza članova upravnog odbora da sa svim dioničarima društva postupa jednako. Posredno vodeći računa o interesima društva, član upravnog odbora vodi računa i o interesima dioničara, vjerovnika i zaposlenika društva. Vidi u Farrar, J.H., Hannigan, B., op. cit., str. 380-387., Birds, J. et al., op. cit., str. 451-454.

²⁹ Farrar, J.H., Hannigan, B., op. cit., str. 387-390., Birds, J. et al., op. cit., str. 454-456.

³⁰ Slučaj *Re City Equitable Fire Insurance Co Ltd* (1925) Ch 407.

trebao sudjelovati onda kada to razumno može učiniti. Konačno, sve ovlasti koje se odnose na poslovanje društva ili su predviđene statutom društva mogu se delegirati na nekog drugog službenika, a tada se član upravnog odbora može opravdano pouzdati u pošteno postupanje službenika u slučaju ako nema razloga za sumnju. Na taj se način osigurava raspodjela poslova unutar upravnog odbora i olakšava se njegov rad bez potrebe da o svim pitanjima odlučuju svi članovi upravnog odbora.

Ovo načelo oblikovano je i u odredbi Stečajnog zakona iz 1986. godine (*Insolvency Act 1986*) u čl. 214., koji uređuje institut nepravednog poslovanja (engl. *wrongful trading*) i određuje objektivne i subjektivne kriterije za utvrđenje odgovornosti člana upravnog odbora za obveze društva nad kojim je otvoren stečajni postupak ukoliko je član uprave određeno vrijeme prije otvaranja stečajnog postupka znao ili je morao znati da društvo neće moći izbjeći otvaranje stečajnog postupka. Pri utvrđivanju da li je član uprave morao znati da društvo neće moći izbjeći stečaj, član upravnog odbora mora imati znanje i iskustvo koje se razumno očekuje od osobe što obnaša istu funkciju koju obnaša i član upravnog odbora u odnosu na društvo, kao i znanje i iskustvo koje ima upravo taj član upravnog odbora.³¹ Na taj način uvodi se objektivni i subjektivni kriterij procjene sposobnosti konkretnog člana upravnog odbora pri ustanovljavanju njegove odgovornosti.³² Član upravnog odbora neće odgovarati za obveze društva ukoliko dokaže da je poduzeo sve mjere da bi smanjio mogući gubitak vjerovnicima.³³ S obzirom na to da se odgovornost člana upravnog odbora ustanovljava samo u slučaju otvaranja stečajnog postupka nad društvom, očito je da se ovim institutom štite prvenstveno interesi vjerovnika, a ne interesi dioničara društva. Doprinosi koje plati član upravnog odbora postaju sastavnim dijelom imovine društva u stečaju, te na njih ne mogu polagati pravo pojedinačni vjerovnici oštećeni nepravednim poslovanjem. Zahtjev sudu za utvrđivanje odgovornosti člana upravnog odbora u slučaju nepravednog poslovanja može podnijeti samo stečajni upravitelj. U slučaju kada se utvrdi odgovornost člana upravnog odbora za pričinjenu štetu društvu sukladno nepravednim

³¹ Da bi došlo do uspostave odgovornosti, potrebno je da je nad društvom otvoren stečajni postupak, da je član upravnog odbora znao ili morao znati da društvu prijeti stečaj određeno vrijeme prije njegovog stvarnog pokretanja te da je ta osoba bila član upravnog odbora u tom trenutku. Pritom nije potrebno dokazivati postojanje prijevare, odnosno namjeru da se nanese šteta društvu.

³² Zahtijeva se pozornost dobrog stručnjaka. Znanje i iskustvo člana upravnog odbora mora biti većeg stupnja ukoliko se radi o trgovačkom društvu koje ulazi u složenije, vrednije i rizičnije poslove.

³³ Pri ocjeni je li član upravnog odbora poduzeo sve potrebne mjere, uzet će se u obzir činjenice koje su članu upravnog odbora bile poznate ili morale biti poznate, zaključci do kojih je došao i radnje koje je poduzeo, uzimajući u obzir postupanje razumne i oprezne osobe koja ima opće znanje, vještinu i iskustvo koje se opravdano može očekivati od osobe što obavlja istu dužnost kao i odnosni član upravnog odbora, kao i dodatno znanje i iskustvo kojima član upravnog odbora raspolaže.

poslovanjem, postoji osnova za suspenziju te osobe da obavlja dužnost člana upravnog odbora na razdoblje do 15 godina.³⁴ Uvođenje pravila o nepravednom poslovanju na razini Europske unije preporučila je i Visoka skupina stručnjaka za pravo društava (*High Level Group of Company Law Experts*) u svom Izvješću o suvremenom okviru za reguliranje trgovačkog prava u Europi iz 2002. godine (*Winter Report*).³⁵

Član upravnog odbora može biti oslobođen od odgovornosti za povredu dužne pozornosti ako njegove radnje naknadno potvrdi glavna skupština, odlukom svih članova upravnog odbora, kao i odlukom suda.³⁶ Tužbu za utvrđenje odgovornosti člana upravnog odbora može podnijeti sam upravni odbor, ali i dioničari u ime društva, ako to propusti učiniti upravni odbor (engl. *derivative suits*). Ako je nad društvom otvoren stečajni postupak, tužbu će u ime društva podnijeti stečajni upravitelj (engl. *liquidator*). Konačno, valja naglasiti da se tužba mora podnijeti u roku od 6 godina od povrede dužne pozornosti, osim u slučaju ako je član upravnog odbora postupao prijevarno ili je prisvojio imovinu društva (čl. 21. Limitation Act 1980).³⁷

Obveza obavještavanja (engl. *duty of disclosure*) treća je obveza koja proizlazi iz fiducijarne pozornosti, koja dolazi do izražaja u onim situacijama kada se podaci dostavljaju dioničarima kako bi oni mogli donositi valjane i dobre odluke na glavnoj skupštini, te kada se izvještavaju o slučajevima sukoba interesa kako bi mogli tražiti naknadu štete, odnosno spriječiti dovršenje spornih transakcija. Pritom se postavlja pitanje učinkovitih sankcija koje će se primijeniti u slučaju povrede ovakvih obveza. Ako je povreda obveze obavještavanja uočena pravovremeno, može se zahtijevati obavještavanje kojim će se ukloniti taj nedostatak, ali ako je ona utvrđena prekasno, tužitelj bi trebao dokazati da bi pravovremeno i kvalitetno obavještavanje utjecalo na ishod donošenja odluke glavne skupštine. Ako se radi o sukobu interesa, dioničari mogu izravno podnijeti tužbu za naknadu štete zbog povrede obveze vjernosti, a obavještavanje je tada irelevantno.³⁸

³⁴ Čl. 10. Zakona o diskvalifikaciji članova uprave trgovačkog društva (*Company Directors Disqualification Act 1986*).

³⁵ Preporuka br. III.13. Izvješća o suvremenom okviru za reguliranje trgovačkog prava u Europi iz 2002. godine (*Report of The High Level Group of Company law Experts on A Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe, Brussels, 4 November 2002 (Winter Report 2002)*).

³⁶ Osnove su za oslobađanje od odgovornosti različite. Ipak, član upravnog odbora neće se moći osloboditi svoje odgovornosti za povredu dužne pozornosti ako nije postupao u dobroj vjeri, ako je postupao nezakonito ili protivno načelu ultra vires, ako se predviđa posebni postupak za donošenje odluke koji nije bio poštivan, ako se odlukom vrijeđaju osobna prava pojedinih dioničara ili je odluka donesena na štetu manjinskih dioničara zloupotrebama većinskih dioničara. Vidi u Birds, J. et al., op. cit., str. 485-490.

³⁷ Farrar, J.H., Hannigan, B., op. cit., str. 395., Birds, J. et al., op. cit., str. 490.

³⁸ Posljednju obvezu čini dodatna pozornost članova upravnog odbora ciljanog društva u postupku preuzimanja. U pravu SAD-a članovi upravnog odbora mogu slobodno primjenjivati protupreuzimateljske mjere kako bi se zaštitili od neprijateljskih preuzimanja, ali time odlaze

2.2. Odgovornost i sukobi interesa članova uprave i nadzornog odbora u kontinentalnom pravu

Kontinentalni pravni sustav obilježava postojanje zakonskih propisa koji uređuju standard postupanja članova uprave pri obnašanju njihovih ovlasti, zabranu konkurencije i odgovarajući postupak u slučaju kad dolazi do pojave sukoba interesa članova uprave i društva. Temeljni je cilj takvog uređenja postići pravnu sigurnost i predvidivost u pogledu obnašanja ovlasti uprave i njezine eventualne odgovornosti. Ipak, takvoj koncepciji moguće je prigovoriti izvjesnu krutost, budući da se pod utvrđena pravila ponekad ne mogu podvesti određene pravne radnje diskutabilne s obzirom na načelo pravednosti. To osobito dolazi do izražaja u odnosima između povezanih društava kada vladajuće društvo izvlači imovinu iz ovisnog društva na temelju svog vladajućeg položaja u glavnoj skupštini društva (engl. *tunelling*), odnosno odnosima između većinskih i manjinskih dioničara.³⁹

2.2.1. Hrvatska

U hrvatskom pravu standard dužne pozornosti i odgovornost članova uprave određen je u čl. 252. ZTD-a.⁴⁰ Kada se radi o članovima nadzornog

u sukob interesa s dioničarima. Stoga se od članova upravnog odbora ciljanog društva traži posebna pozornost pri donošenju odluka o poduzimanju protupreuzimateljskih mjera. U Velikoj Britaniji sloboda upravnog odbora se u tom pogledu ograničava, a odluku o primjeni protupreuzimateljskih mjera donose dioničari. Vidi u Black, B.S., op. cit., str. 8-11.

³⁹ Tunelling se javlja ili u obliku transakcija koje vladajuće društvo poduzima u svoju korist i manipulira imovinom ovisnog društva (npr. krađa i prijevara, prodaja imovine ovisnog društva, ugovori kod kojih se uračunava viša ili niža cijena od tržišne za robu i usluge koje vladajuće društvo prodaje odnosno pruža ovisnom društvu (engl. *transfer pricing*), davanje jamstva za zajmove uz upotrebu imovine ovisnog društva, neosnovano visoke naknade za rad članova upravnih tijela (engl. *executive compensations*), preuzimanje poslova koji osiguravaju visoku dobit (engl. *corporate opportunities*)) ili kad vladajuće društvo povećava svoje udjele u ovisnom društvu različitim financijskim transakcijama (npr. malverzacije pri izdavanju dionica, *insider trading*, prikrivena stjecanja udjela i druge financijske transakcije na štetu vanjskih dioničara). Sudsku praksu država kontinentalnog pravnog sustava obilježava uža primjena načela fiducijarne pozornosti, uglavnom na transakcije koje nemaju poslovni karakter, viši stupanj dokazne snage koji se traži u slučajevima sukoba interesa, veća osjetljivost prema interesima dioničara te veće povjerenje u kodificirano pravo nego načelo pravednosti pri ocjeni transakcija koje vladajuće društvo poduzima u svoju korist. To potvrđuju i presude u slučajevima *SARL Peronne* (Francuska), *Marcilli* (Italija), *Flambo&Barro* (Belgija) i *VW-Audi – British-Israeli Bank* (BGH II ZR 61.74, Njemačka, 1976.). Vidi u Johnson, S. et al., op. cit., str. 7-12.

⁴⁰ Zakon o trgovačkim društvima u čl. 251. st. 2. i Stečajni zakon u čl. 39. st. 6. utvrđuje obvezu uprave da u roku od 21 dan od dana nastanka razloga za otvaranje stečajnog postupka podnesu prijavu za njegovo otvaranje. Ako to ne učine u predviđenom roku, nastaje odgovornost članova uprave prema vjerovnicima društva zbog smanjenja stupnja podmirjenja tražbina vjerovnika zbog kasnije pokrenutog stečajnog postupka. Tužbu podnose vjerovnici. U slučaju štete koju su zajednički pretrpjeli stečajni vjerovnici zbog smanjenja imovine koja ulazi u stečajnu masu prije ili nakon otvaranja stečajnoga postupka (skupna šteta) (čl. 101., SZ), zahtjev može za vrijeme trajanja stečajnoga postupka ostvarivati samo stečajni upravitelj. Ako su zahtjevi za naknadu štete upravljeni protiv stečajnoga upravitelja, može ih ostvarivati samo

odbora, čl. 272. st. 1. ZTD-a upućuje na odgovarajuću primjenu odredbi o dužnoj pozornosti i odgovornosti članova uprave dioničkog društva, kada članovi nadzornog odbora obavljaju svoje poslove u dioničkom društvu. Odgovornost članova nadzornog odbora dolazi do izražaja pri ostvarivanju njegovih nadzornih funkcija u dioničkom društvu. Ove su odredbe kogentne naravi te ih nije moguće isključiti ili ograničiti statutom društva. U slučaju kad je sklopljen ugovor o vođenju poslova društva, Zakon predviđa posebnu odgovornost članova uprave vladajućeg društva i članova uprave i nadzornog odbora ovisnog društva za štetu koja nastane ovisnom društvu u slučaju povrede njihovih obveza (čl. 494. i 495., ZTD). Članovi uprave dužni su voditi poslove društva s pozornošću urednog i savjesnog gospodarstvenika te su dužni čuvati poslovne tajne društva. Pri vođenju poslova i zastupanju moraju voditi računa o interesima društva te ne smiju poduzimati one radnje koje bi prouzročile štetu društvu. Njihova odgovornost proizlazi iz njihovog položaja članova uprave društva. Teret dokaza da su postupali s dužnom pozornošću pada na same članove uprave, odnosno nadzornog odbora, što znači da odgovaraju za svaki oblik krivnje (namjera, krajnja nepažnja, obična nepažnja). ZTD propisuje solidarnu odgovornost članova uprave, odnosno nadzornog odbora za štetu koju su nanijeli društvu.

Član uprave odnosno nadzornog odbora pri obnašanju svojih zadaća mora postupati s pozornošću s kojom bi postupao samostalni voditelj poduzeća svjestan svojih obveza i koji upravlja tuđim sredstvima na način kako to čini osoba kojoj je povjerena skrb o tuđim interesima. Od njega se traži prosječna mjera ponašanja u struci koja je određena primjenom objektivnih kriterija, a ako ima posebna znanja, mora primijeniti i njih. Pri utvrđivanju sadržaja te dužne pozornosti potrebno je uzeti u obzir odredbe statuta i pravilnika kojima se uređuje unutarnje ustrojstvo društva, pravila koja uređuju odnos društva prema trećim osobama, zakonskih odredbi o poslovanju trgovačkih društava, obveze međusobne suradnje članova uprave i njihove lojalnosti (vjernosti) prema društvu i dioničarima, obveze da postupaju sa stručnom pozornošću i da se pridržavaju opsega ovlasti koji im je dan pri vođenju poslova društva.⁴¹ Obveza je članova uprave i nadzornog odbora i da čuvaju tajnim sve povjerljive podatke o poslovanju društva i poslovnim partnerima društva koje su saznali pri obnašanju svojih zadaća. Oni te podatke mogu saznati od trećih osoba, drugih članova uprave, zaposlenika društva i dr. Pod tajnim podacima podrazumijevaju se svi oni podaci za koje društvo

novopostavljeni stečajni upravitelj. Ovdje se kao odgovorna osoba pojavljuje ili član uprave ili stečajni upravitelj koji su propustili poduzeti određene radnje potrebne za sprečavanje stečajnog postupka, odnosno njegovo pravovremeno otvaranje, ili su tijekom stečajnog postupka poduzeli određene radnje kojima su smanjili stečajnu masu društva i time smanjili mogućnost da stečajni vjerovnici namire svoje tražbine. Odsteta koju odgovorne osobe plate ulazi u stečajnu masu društva.

⁴¹ Barbić, Jakša, *Pravo društava*, Knjiga druga: Društva kapitala, 3. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Zagreb, Organizator, 2005., str. 497-498.

objektivno smatra da bi njihovo iznošenje u javnost moglo prouzročiti štetu društvu i bilo protivno njegovim interesima. Obveza čuvanja poslovne tajne vrijedi i nakon prestanka mandata članova uprave, odnosno nadzornog odbora. Ona vezuje i sve zaposlenike društva. Pod poslovnom tajnom smatraju se svi podaci koji su kao tajni određeni zakonom, drugim propisom ili općim aktom trgovačkog društva, ustanove ili druge pravne osobe, a koji predstavljaju proizvodnu tajnu, rezultate istraživačkog ili konstrukcijskog rada te druge podatke zbog čijeg bi priopćavanja neovlaštenoj osobi mogle nastupiti štetne posljedice za njezine gospodarske interese.⁴² Statutom društva određuje se tko će biti ovlašten trećim osobama priopćavati podatke koji su određeni kao poslovna tajna društva, slučajevi priopćenja, način zaštite podataka i adresati takvih priopćenja (čl. 21. Zakona o zaštiti tajnosti podataka (ZZTP)). Ta priopćenja podataka koji su određeni kao poslovna tajna mogu se obavljati samo uz prethodnu suglasnost društva ili osobe koje ima interes za čuvanje poslovne tajne te uz prethodni obrazloženi pisani zahtjev za objavom koji podnosi zainteresirana osoba (čl. 23., ZZTP). U određenim slučajevima priopćavanje podataka koji se smatraju poslovnom tajnom neće se uzimati kao povreda obveze čuvanja poslovne tajne (čl. 24. i 25., ZZTP). Na taj način omogućava se nesmetan rad društva i njegovih tijela, ali se i štite određene osobe koje su vezane obvezom čuvanja poslovne tajne pri prijavi protuzakonitih postupanja društva i zaštite svojih prava koja proizlaze iz radnog odnosa. Članovi uprave nisu vezani obvezom čuvanja poslovne tajne u međusobnoj korespondenciji i korespondenciji s članovima nadzornog odbora, vanjskim revizorima ili savjetnicima koji se angažiraju. Povredom ove obveze nastaje odgovornost članova uprave za štetu nastalu društvu, kao i njihova kaznena odgovornost (čl. 629., ZTD),⁴³ a moguće ih je i opozvati.⁴⁴

U čl. 252. st. 3. ZTD-a osobito se određuje odgovornost članova uprave za štetu ukoliko poduzimaju određene pravne radnje kojim ugrožavaju imovinu društva i njezinu opstojnost, stavljaju vjerovnike društva u nejednaki položaj u slučaju insolventnosti ili prezaduženosti društva ili donose određene odluke ne poštujući propisani postupak.⁴⁵ U ovim slučajevima dovoljno je da se

⁴² Zakon o zaštiti tajnosti podataka (ZZTP)(NN 108/96.) u čl. 19. određuje pojam poslovne tajne. Pritom se postavljaju okviri u kojima društvo može svojim općim aktom odrediti što se smatra poslovnom tajnom.

⁴³ Postupak se provodi samo na prijedlog društva.

⁴⁴ Barbić, J., *Pravo društava*, Knjiga druga-Društva kapitala, 3. izdanje, str. 499-501.

⁴⁵ Tako se imovina društva i njegova opstojnost mogu ugroziti vraćanjem dioničarima onoga što su uložili u društvo, isplatom kamata ili dividende dioničarima, upisivanjem, stjecanjem, uzimanjem u zalog ili povlačenjem vlastitih dionica društva ili nekog drugog društva, izdavanjem dionica prije nego što se za njih u cjelini uplati iznos za koji su izdane i podjelom imovine društva. Ovim radnjama ugrožavaju se i interesi vjerovnika društva kojima imovina društva služi kao jamstvo za namirenje njihovih tražbina kao i kad uprava obavlja plaćanja nakon što nastupi insolventnost ili prezaduženost društva čime se vjerovnici mogu stavljati u nejednaki položaj (određenim vjerovnicima će tražbine biti plaćene nakon pojave ovih

poduzmu navedene radnje, pa da postoji pretpostavka odgovornosti članova uprave za štetu nastalu društvu.⁴⁶ Teret dokaza da su postupali s dužnom pozornošću, odnosno da nije nastala šteta društvu u ovim slučajevima pada na članove uprave, odnosno nadzornog odbora. Naravno, odgovornost članova uprave i nadzornog odbora postoji i u drugim slučajevima kada su ispunjene posebne i opće pretpostavke za njihovu odgovornost određene Zakonom o trgovačkim društvima i Zakonom o obveznim odnosima. Pritom valja naglasiti da se kao štetnik pojavljuje član uprave, odnosno nadzornog odbora, a kao oštećenik samo društvo. Odgovornost člana uprave, odnosno nadzornog odbora traje od trenutka njegovog valjanog imenovanja do prestanka mandata odnosno do opoziva imenovanja. Ta odgovornost postoji i u odnosu na one osobe koje nisu bile valjano imenovane, ali su obavljale poslove članova uprave, odnosno nadzornog odbora. Društvo mora dokazati nastalu štetu i njezinu veličinu,⁴⁷ štetnu radnju ili propust člana uprave, odnosno nadzornog odbora i uzročno-posljedičnu vezu. Član uprave, odnosno nadzornog odbora može se osloboditi odgovornosti ako dokaže da nije povrijedio svoje obveze, odnosno da nije bilo njegove krivnje za nastalu štetu. Od člana uprave, odnosno nadzornog odbora može se tražiti samo naknada štete, a ne i drugi oblici popravljivanja štete. Član uprave, odnosno nadzornog odbora ne odgovara za rad osoba koje su zaposlene u društvu, ali njegova odgovornost može nastati samo u slučaju ako je napravio propuste u izboru tih zaposlenika, nadzoru nad njihovim radom ili davanju uputa.⁴⁸ Ako uprava, odnosno nadzorni odbor ima više članova, oni odgovaraju solidarno za nastalu štetu, neovisno o pojedinačnom doprinosu svakog od njih u nastanku štete. To je odlučno samo pri ostvarenju prava na regres između članova uprave, odnosno nadzornog odbora. Član uprave može se osloboditi svoje odgovornosti prema društvu samo ako je postupao na temelju odluke glavne skupštine društva (čl. 252. st. 4., ZTD). Time se ne isključuje njihova odgovornost prema vjerovnicima društva. Odluku glavna

okolnosti koje predstavljaju razloge za otvaranje stečajnog postupka, a ostali vjerovnici će kao stečajni vjerovnici naplaćivati svoje tražbine u stečajnom postupku te će biti u nepovoljnijem položaju). Konačno, uprava će odgovarati i za štetu koja nastane uslijed davanja naknada za rad članovima nadzornog odbora, davanjima kredita i ako pri uvjetnom povećanju kapitala izdaju dionice suprotno svrsi ili prije nego što se one u cjelini uplate. U ovim slučajevima zahtjev za naknadu štete protiv člana uprave može podnijeti i vjerovnik društva koji nije uspio namiriti svoje tražbine od društva, pri čemu ne mora posebno dokazivati krivnju člana uprave, budući da se ona u ovim slučajevima pretpostavlja (čl. 252. st. 5., ZTD).

⁴⁶ U ovim slučajevima tužitelj ne mora dokazivati krivnju članova uprave budući da se ona pretpostavlja (obična nepažnja), za razliku od drugih slučajeva kada će morati dokazivati postojanje krajnje nepažnje (grube povrede) članova uprave. Vidi u Orehovec, Tomislav, *Odgovornost članova uprave dioničkog društva za štetu nanесenu vjerovnicima*, *Pravo u gospodarstvu*, vol. 43. (1/2004.), str. 136-137.

⁴⁷ Ta se šteta može iskazati kao smanjenje imovine društva, ali i kao neostvareno povećanje imovine društva koje je bilo očekivano.

⁴⁸ Barbić, J., *Pravo društava*, Knjiga druga-Društva kapitala, 3. izdanje, str. 502.

skupština mora donijeti unaprijed te ona ne smije biti pobojna ili ništava.⁴⁹ Odobrenje nadzornog odbora ne isključuje odgovornost članova uprave za nastalu štetu, čak ni onda kada je uprava morala tražiti njegovu suglasnost sukladno odredbama statuta ili odluke nadzornog odbora. Razlog tome je to što uprava svoje ovlasti i odgovornost za vođenje poslova društva ne može prenijeti na nadzorni odbor.⁵⁰

Društvo se može odreći zahtjeva za naknadu štete ili sklopiti nagodbu o njemu tek po proteku 3 godine od nastanka zahtjeva,⁵¹ ali samo onda ako se s time suglasi glavna skupština i ako tome ne prigovore manjinski dioničari koji drže dionice koje zajedno čine najmanje 10 % temeljnog kapitala društva i prigovor se ne unese u zapisnik s glavne skupštine (čl. 252. st. 4., ZTD).⁵² Trogodišnje razdoblje u kojem nije moguće sklopiti nagodbu ili odreći se od zahtjeva za naknadu štete određuje se budući da se u tom roku može uočiti nastala šteta za društvo koja je prouzročena postupanjem članova uprave, odnosno nadzornog odbora. Odluku o sklapanju nagodbe ili odricanju od zahtjeva za naknadu štete donosi nadzorni odbor društva,⁵³ uz pribavljanje prethodne suglasnosti glavne skupštine koja odluku o tome donosi običnom većinom, osim ako se tome usprotive manjinski dioničari. U glasovanju na glavnoj skupštini ne mogu sudjelovati članovi uprave, odnosno nadzornog odbora koji su i dioničari društva, a pravo prigovora koje imaju manjinski dioničari štiti ih od zloupotreba većinskih dioničara. Postavljenim uvjetima za oslobođenje ili smanjenje odgovornosti članova uprave, odnosno nadzornog odbora štiti se društvo i njegovi dioničari od lošeg poslovanja uprave, odnosno propusta nadzornog odbora.⁵⁴

Zahtjevi za naknadu štete protiv članova uprave, odnosno nadzornog odbora zastarijevaju u roku od 5 godina od dana kada se protiv člana uprave, odnosno nadzornog odbora mogla podignuti tužba, pri čemu znanje osobe koja je bila ovlaštena na podizanje tužbe nema utjecaja na to (čl. 252. st. 6., ZTD). Bitno je da je došlo do nastanka štete. Zahtjev mogu

⁴⁹ Odgovornost članova uprave neće biti isključena u slučaju ako je glavna skupština donijela odluku na temelju pogrešnih ili prešućenih podataka koje je uprava priopćila ili trebala priopćiti glavnoj skupštini, a to je utjecalo na donošenje odluke. Isto vrijedi i u slučaju ako član uprave nije podnio tužbu za pobijanje odluke glavne skupštine kada je to trebao učiniti ili to učini nakon protoka roka za pobijanje.

⁵⁰ Barbić, J., *Pravo društava, Knjiga druga-Društva kapitala*, 3. izdanje, str. 502-503., Gorenc, Gorenc, Vilim, Slakoper, Zvonimir, Filipović, Vladimir, Brkanić, Vlado (redakcija Gorenc, Vilim), *Komentar Zakona o trgovačkim društvima*, 3. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Zagreb, RRIF, 2004., str. 339-340.

⁵¹ To vremensko ograničenje ne vrijedi ako je onaj tko je odgovoran za naknadu štete nesposoban za plaćanje i ako, da bi otklonio otvaranje stečaja, sklopi nagodbu sa svojim vjerovnicima ili se pak obveza naknade štete uredi stečajnim planom.

⁵² Na taj način ne može prestati odgovornost članova uprave, odnosno nadzornog odbora prema vjerovnicima društva za nastalu štetu.

⁵³ Tu odluku donosi uprava u slučaju odgovornosti članova nadzornog odbora.

⁵⁴ Barbić, J., *Pravo društava, Knjiga druga-Društva kapitala*, 3. izdanje, str. 509., Gorenc, V. et al., op. cit., str. 340-341.

podnijeti nadzorni odbor u ime društva (čl. 268., ZTD),⁵⁵ posebni zastupnik u ime društva kojeg imenuje glavna skupština društva ili koji se imenuje na zahtjev manjinskih dioničara (čl. 273.a, ZTD) i vjerovnici društva (čl. 252. st. 5., ZTD).⁵⁶ Ovlašt vjerovnika društva da neposredno podnese zahtjev protiv člana uprave u slučaju kada se ne može namiriti od društva akcesorne je prirode i vezan je za zahtjev koje društvo ima prema članu uprave. Na taj se način pruža dodatna zaštita vjerovnicima društva.⁵⁷

Članovi uprave, odnosno nadzornog odbora duguju društvu i obvezu vjernosti, odnosno lojalnosti koja nalazi svoje oživotvorenje u odredbama o zabrani konkurencije i situacijama kada se javljaju sukobi interesa članova uprave, odnosno nadzornog odbora i društva. Od članova uprave očekuje se da pri vođenju poslova i zastupanju društva brinu o zaštiti interesa samog društva i da ne zloupotrijebe svoj položaj i promiču svoje pojedinačne interese. Pritom dolazi do izražaja posrednička uloga nadzornog odbora koji može odobriti određene transakcije i određene radnje koje u sebi nose mogućnost nastanka sukoba interesa. S druge strane članovi nadzornog odbora nisu vezani zabranom konkurencije, budući da nadzorni odbor nije niti ovlašten voditi poslove i zastupati dioničko društvo.

Odredbe o zabrani konkurencije sadržane su u čl. 248. ZTD-a. Zabrana konkurencije odnosi se na članove uprave i njegove zamjenike. Ona se ne primjenjuje na bivše članove uprave. Primjenjuje se na članove uprave čije je imenovanje opozvano do trenutka dok se ne raskine ugovor o službi koje je društvo sklopilo s članom uprave i na temelju kojeg plaća naknadu za rad ili obeštećenje (otpremninu) članu uprave. Na taj se način naglašava posebni položaj koji imaju članovi uprave i koji su upoznati sa svakodnevnim poslovanjem društva, a što bi mogli zloupotrijebiti. Zabrana konkurencije nije apsolutna. Iznimno može nadzorni odbor dati suglasnost članu uprave da obavlja određene radnje ili obnaša određene funkcije koje mogu dovesti do sukoba interesa, ali ta suglasnost mora biti izričita, konkretna i treba se dati unaprijed.⁵⁸

Zakon poznaje nekoliko oblika radnji kojima se krši zabrana konkurencije:

⁵⁵ U slučaju odgovornosti člana nadzornog odbora zahtjev podnosi uprava društva.

⁵⁶ Zahtjev za naknadu štete mogu postaviti i vjerovnici društva ako ne mogu svoje tražbine podmiriti od društva. To vrijedi samo onda ako član uprave, odnosno nadzornog odbora grubo povrijedi dužnost da primijeni pozornost urednog i savjesnog gospodarstvenika, osim u slučajevima koji su navedeni u čl. 252. st. 3. ZTD-a kada se krivnja člana uprave pretpostavlja, pa je vjerovnik ne treba posebno dokazivati. U odnosu na vjerovnike društva obveza da se nadoknadi šteta ne može se otkloniti tako da se društvo odrekne zahtjeva ili da o zahtjevu sklopi nagodbu niti time što se radnja temeljila na odluci glavne skupštine. Ako je nad društvom otvoren stečajni postupak, za vrijeme trajanja tog postupka pravo vjerovnika društva protiv članova uprave, odnosno nadzornog odbora ostvaruje stečajni upravitelj.

⁵⁷ Barbić, J., *Pravo društava*, Knjiga druga-Društva kapitala, 3. izdanje, str. 510-518., Gorenc, V. et al., op. cit., str. 341., Orehovec, T., op. cit., str. 129-131.

⁵⁸ Barbić, J., *Pravo društava*, Knjiga druga-Društva kapitala, 3. izdanje, str. 455., Gorenc, V. et al., op. cit., str. 330-331.

a) član uprave za svoj ili za tuđi račun obavlja poslove koji ulaze u predmet poslovanja društva; b) član uprave društva istodobno je član uprave ili nadzornog odbora u drugom društvu koje se bavi poslovima iz predmeta poslovanja društva; c) član uprave u prostorijama društva obavlja poslove za svoj ili za tuđi račun; d) član uprave društva je komplementar u nekom drugom trgovačkom društvu koje se bavi poslovima iz predmeta poslovanja društva. Kada se radi o predmetu poslovanja, zabrana konkurencije odnosi se na sve poslove s tog područja bez obzira na stanje upisa u sudskom registru ili na odredbe statuta društva. Statutom društva moguće je odrediti i druge zabrane konkurencije.

U slučaju kršenja zabrane konkurencije, odnosno ako je izostala suglasnost nadzornog odbora, to predstavlja valjani razlog za opoziv imenovanja člana uprave te nastaje odgovornost člana uprave za štetu koju je na taj način pričinio društvu. Društvo u tom slučaju može tražiti nekoliko načina popravljjanja štete: a) društvo može od člana uprave tražiti da mu nadoknadi pričinjenu štetu; b) društvo može tražiti od člana uprave da dopusti da se poslovi koje je sklopio za svoj račun smatraju poslovima sklopljenim za račun društva; c) društvo može tražiti od člana uprave da prenese društvu ono što je primio iz poslova koje je sklopio za tuđi račun; d) društvo može tražiti od člana uprave da mu ustupi zahtjev za naplatu onoga što bi trebalo da primi (čl. 248. st. 2., ZTD). Pritom društvo izabire jednu od ponuđenih mogućnosti popravljjanja štete i time isključuje ostale oblike popravljjanja štete. Zahtjevi društva za naknadu štete zastaraju u roku od 3 mjeseca od kada su ostali članovi uprave i članovi nadzornoga odbora saznali za radnju povodom koje se može tražiti naknada štete (subjektivni rok). Zahtjevi zastaraju u svakom slučaju, bez obzira na saznanje za radnju, u roku od 5 godina od kada je radnja učinjena (objektivni rok)(čl. 248. st. 3., ZTD). Za odgovornost za štetu prema društvu pretpostavlja se krivnja člana uprave, a društvo mora dokazati postojanje štete i utvrditi njezinu visinu.⁵⁹

ZTD posebno uređuje pitanje sklapanja ugovora sa samim sobom (čl. 41. st. 3. u vezi s čl. 49. i čl. 270., ZTD) i davanja kredita članovima uprave, odnosno nadzornog odbora društva (čl. 249. i 271., ZTD). Ovdje se radi o dva slučaja kod kojih dolazi do sukoba interesa društva i osobnih interesa članova uprave, odnosno nadzornog odbora, budući da poslovne odluke donose sami članovi uprave koji su zainteresirani za predmetne transakcije, odnosno članovi nadzornog odbora mogu zloupotrijebiti svoj položaj. Stoga se takve transakcije mogu poduzimati samo uz suglasnost nadzornog odbora.

Čl. 41. st. 3. određuje da članovi uprave društva mogu sklapati ugovore s društvom u svoje ime i za svoj račun (izravni suugovaratelj), u svoje ime i za tuđi račun (komisionar) ili u tuđe ime i za tuđi račun (zastupnik) samo

⁵⁹ Barbić, J., *Pravo društava*, Knjiga druga-Društva kapitala, 3. izdanje, str. 455-456., Gorenc, V. et al., op. cit., str. 331-332.

uz prethodnu suglasnost nadzornog odbora ili ako mu je dana posebna ovlast statutom društva.⁶⁰ Ova se odredba primjenjuje i na prokuriste društva (čl. 49., ZTD), ali i na zastupnike po punomoći (čl. 42. st. 4., ZTD), trgovačke punomoćnike (čl. 56. st. 4., ZTD) i trgovačke putnike (čl. 58. st. 5., ZTD). Time se isključuje sklapanje ugovora sa samim sobom (njem. *Selbstkontrahierung*) kod kojih se javlja sukob interesa. Ograničenje na zastupanje odnosi se na točno određenog člana uprave, te nije potrebno posebno dokazivati krivnju člana uprave. Dovoljno je da se član uprave nalazi u određenom ugovornom odnosu i u ulozi zastupnika po zakonu društva i u ulozi druge ugovorne strane (bilo kao izravni suugovaratelj ili kao zastupnik ili komisionar treće osobe). Sukob interesa ne mora se dokazivati. Ako član uprave nema potrebnu suglasnost nadzornog odbora ili mu statutom nije dana posebna ovlast za sklapanje takvih ugovora, nastaje njegova odgovornost za štetu pričinjenu društvu, a moguć je i njegov opoziv.⁶¹ ZTD u čl. 270. uređuje način sklapanja ugovora između društva i nadzornog odbora. Tako je za sve ugovore koje član nadzornog odbora sklapa s društvom izvan svojih dužnosti kao člana nadzornog odbora, potrebno prethodno pribaviti suglasnost nadzornog odbora (čl. 270. st. 1., ZTD). U takvim slučajevima moguće je da dođe do zloupotreba ovlasti pojedinog člana nadzornog odbora, pa se propisuje suglasnost za sklapanje ugovora s društvom. Tako bi se mogao sklopiti ugovor o djelu ili neki savjetodavni ugovor. Suglasnost nadzornog odbora pri sklapanju takvih ugovora traži se kako bi se spriječilo izigravanje zakonskih odredbi o pravu članova nadzornog odbora na naknadu za rad, budući da se na temelju takvih ugovora njima isplaćuje određena naknada, ali se sprečavaju i zloupotrebe položaja pojedinog člana nadzornog odbora da utječe na upravu da s njime sklopi takav ugovor. U slučaju ako ugovor bude sklopljen bez prethodne suglasnosti, član nadzornog odbora dužan je vratiti društvu sve što je primio na temelju takvog ugovora, osim u slučaju ako nadzorni odbor naknadno ne odobri takav ugovor (čl. 270. st. 2., ZTD). Sklapanje takvog ugovora može biti važan razlog za opoziv člana uprave i člana nadzornog odbora koji su sklopili takav ugovor.⁶²

Čl. 249. i čl. 271. ZTD-a određuje način davanja kredita članovima uprave, prokuristima i članovima njihovih užih obitelji, kao i članovima nadzornog odbora i članovima njihove uže obitelji. Pritom se krediti daju spomenutom osobama kako bi se one motivirale i privukle za rad u određenom društvu, ali se pritom treba spriječiti i izigravanje zakonskih pravila o naknadama za rad članova uprave i nadzornog odbora društva. Pritom postoji opasnost

⁶⁰ Statutom društva je moguće odrediti da odluku o davanju suglasnosti za sklapanje ugovora sa samim sobom donosi glavna skupština društva.

⁶¹ Barbić, J., *Pravo društava*, Knjiga prva-Opći dio, str. 409-410., Gorenc, V. et al., op. cit., str. 48. i 57.

⁶² Barbić, J., *Pravo društava*, Knjiga druga-Društva kapitala, 3. izdanje, str. 551-552., Gorenc, V. et al., op. cit., str. 369-370.

da davanjem kredita dođe do prikrivene isplate dobiti ili prikrivenog povrata uplaćenog uloga (ako je zajmoprimalatelj dioničar društva) davanjem prevelikih kredita ili kredita s povlaštenim kamatama preko mogućnosti društva i sl. Stoga takve kredite društvo, odnosno uprava društva može dati samo uz prethodnu suglasnost nadzornog odbora. Nadzorni odbor će ispitati opravdanost davanja takvog kredita navedenim osobama. Odluka kojom nadzorni odbor odobrava davanje kredita može se odnositi samo na određene ugovore o kreditu ili vrste kredita. U njoj je potrebno odrediti i visinu kamata i način otplate kredita. Ako je nadzorni odbor dao suglasnost za davanje kredita, uprava mora sklopiti ugovor o kreditu sa zajmoprimalateljem u roku od 3 mjeseca od dana donošenja odluke o odobrenju kredita.⁶³ S kreditom se izjednačavaju i druge pravne radnje koje se s njime mogu izjednačiti u gospodarskom smislu.⁶⁴ Odobrenje za davanje kredita nije potrebno ako se članu uprave odobrava kredit do visine njegovih mjesečnih prihoda. Ove odredbe primjenjuju se i u slučaju uzajamnih davanja kredita članovima uprave, prokuristima i članovima njihovih užitih obitelji u odnosima između vladajućeg i ovisnog društva. U tom slučaju odobrenje za davanje kredita daje nadzorni odbor vladajućeg društva (čl. 249. st. 2., ZTD). U slučaju ako se kredit da protivno propisanom postupku, zajmoprimalatelj mora odmah vratiti kredit društvu, osim ako ga nadzorni odbor naknadno ne odobri.⁶⁵

2.2.2. Slovenija

U slovenskom pravu obvezna je dužna pozornost i odgovornost članova uprave i izvršnih direktora u upravnom odboru te članova nadzornog odbora uređena u čl. 263. i čl. 290. st. 11. ZGD-a. Članovi upravnih i nadzornih tijela dioničkog društva (upravni odbor, uprava i nadzorni odbor) moraju pri obavljanju svojih ovlasti postupati za dobrobit društva s pozornošću savjesnog i poštenog gospodarstvenika i čuvati poslovne tajne društva (čl. 263. st. 1., ZGD).⁶⁶ Oni odgovaraju solidarno društvu za nastalu štetu, osim ako dokažu da su postupali s dužnom pozornošću. Ako su radnje poduzimali na temelju zakonite odluke glavne skupštine, oslobađaju se odgovornosti. To nije slučaj ako su djelovali na temelju odluka nadzornog odbora ili upravnog

⁶³ Taj kratki rok za sklapanje ugovora o kreditu je određen kako bi se kredit odobrio na temelju okolnosti koje su postojale i bile poznate nadzornom odboru u trenutku odobrenja sklapanja kredita. Ako se u navedenom roku ne sklopi ugovor, nadzorni odbor mora dati novo odobrenje za sklapanje ugovora.

⁶⁴ Npr. prodaja s odgodom plaćanja, prodaja s obročnom otplatom, davanje odgode za ispunjenje neke obveze člana uprave, odnosno nadzornog odbora, zamjena periodičnog plaćanja plaćanjem na kraju godine, davanje osiguranja trećim osobama za ispunjenje neke obveze člana uprave, odnosno nadzornog odbora, leasing i sl. Vidi u Barbić, J., *Pravo društava*, Knjiga druga-Društva kapitala, 3. izdanje, str. 552-553.

⁶⁵ Barbić, J., *Pravo društava*, Knjiga druga-Društva kapitala, 3. izdanje, str. 454-455., Gorenc, V. et al., op. cit., str. 332-334.

⁶⁶ Ivanjko, Šime, Kocbek, Marijan, *Korporacijsko pravo – Pravni položaj gospodarskih subjekta*, GV Založba, Ljubljana, 2003., str. 284-288., Gerželj, G., op. cit., str. 168-170.

odbora.⁶⁷ Zahtjev za naknadu štete mogu prema članovima upravnih i nadzornih tijela dioničkog društva izravno postaviti i vjerovnici društva, ali samo onda ako nisu mogli naplatiti svoje tražbine od društva (čl. 263. st. 4., ZGD). Taj zahtjev može podnijeti i predsjednik nadzornog odbora (čl. 283., ZGD), uprava ili upravni odbor, posebni zastupnici koje imenuje glavna skupština ako se zahtjev podnosi protiv člana uprave ili izvršnog direktora koji još obavlja svoju funkciju ili sami manjinski dioničari (čl. 327. i 328., ZGD).⁶⁸

Obveza članova uprave, izvršnih direktora i članova nadzornog odbora na vjernost društvu sadržana je u odredbama o zabrani konkurencije (čl. 41., 42. i 271., ZGD), davanju kredita članovima upravnih i nadzornih tijela društva te prokuristima (čl. 261., ZGD) te sklapanju ugovora između članova upravnih i nadzornih tijela i samog društva (čl. 262., ZGD).

Članovi uprave i nadzornog odbora, odnosno upravnog odbora dioničkog društva te njegovi prokuristi⁶⁹ ne smiju biti komplementari u društvima osoba, članovi i voditelji poslova društva s ograničenom odgovornošću i članovi uprave i nadzornog odbora te upravnog odbora drugog dioničkog društva, prokuristi, zaposlenici u drugom trgovačkom društvu ili trgovci-pojedinci čija bi djelatnost bila ili bi mogla biti u konkurencijskom odnosu s djelatnošću dioničkog društva (čl. 41., ZGD).⁷⁰ Time se postavlja opća zabrana konkurencije za članove trgovačkih društava, odnosno članove tijela trgovačkih društava i njihove zastupnike. Sprečava se eventualna zloupotreba položaja člana uprave ili nadzornog odbora, odnosno izvršnog direktora dioničkog društva i mogućnost pribavljanja podataka koji bi se

⁶⁷ Društvo se može odreći zahtjeva za naknadu štete prema članovima uprave, odnosno izvršnim direktorima tek po proteku 3 godine od nastanka zahtjeva, ako se s time suglasi glavna skupština i ako tome u pisanom obliku ne prigovaraju manjinski dioničari koji imaju dionice koje daju 10 % temeljnog kapitala društva (čl. 263. st. 3., ZGD). Pritom ZGD ne određuje da se to trogodišnje razdoblje u kojem se ne može odricati od zahtjeva za naknadu štete ne primjenjuje u slučaju ako je onaj tko je odgovoran za naknadu štete nesposoban za plaćanje i ako, da bi otklonio otvaranje stečaja, sklopi nagodbu sa svojim vjerovnicima ili se pak obveza naknade štete uredi stečajnim planom.

⁶⁸ Zakon o financijskom poslovanju poduzeća u čl. 19. i 20. uređuje odgovornost članova uprave i nadzornog odbora prema vjerovnicima društva ako vjerovnici u stečajnom postupku nisu u cijelosti namirili tražbine iz stečajne mase, zbog toga što uprava i nadzorni odbor nisu poduzeli potrebne mjere za otklanjanje razloga za otvaranje stečajnog postupka. Zahtjev za naknadu štete podnosi za račun svih vjerovnika, koji imaju pravo na naplatu iz stečajne mase, stečajni upravitelj (čl. 22. st. 1., ZFPPOd). Taj zahtjev u slučaju da to propusti učiniti stečajnu upravitelj može podnijeti i svaki pojedini vjerovnik, ali samo za račun svih vjerovnika koji imaju pravo na naplatu iz stečajne mase (čl. 22. st. 2., ZFPPOd). Ako sud udovolji tužbenom zahtjevu, tuženik (član uprave, odnosno nadzornog odbora) je dužan platiti odštetu koja ulazi u stečajnu masu društva u stečaju (čl. 22. st. 3., ZFPPOd).

⁶⁹ Ovo vrijedi i za komplementare u društvima osoba, članove i voditelje poslova društva s ograničenom odgovornošću i prokuriste.

⁷⁰ Statutom društva je moguće proširiti zabranu konkurencije i na komanditore u komanditnom društvu, dioničare u drugom dioničkom društvu ili komanditnom društvu na dionice, kao i na članove gospodarskog interesnog udruženja (čl. 41. st. 2., ZGD).

moгли obznaniti drugom trgovačkom društvu koje obavlja istu gospodarsku djelatnost te na taj način dovesti do nelojalne konkurencije. Ta zabrana nije apsolutna.⁷¹ Čl. 271. ZGD-a uređuje posebnu zabranu konkurencije koja se odnosi samo na članove uprave i izvršne direktore dioničkog društva. Taj članak određuje da član uprave, odnosno izvršni direktor, ne može bez suglasnosti nadzornog odbora, odnosno upravnog odbora obavljati profitne djelatnosti, a na području gospodarske djelatnosti društva ni sklapati pravne poslove za svoj ili tuđi račun.⁷² Zabrana konkurencije traje od imenovanja do isteka mandata, odnosno opoziva člana uprave, ali je statutom to trajanje moguće i produžiti (čl. 41. st. 4., ZGD).⁷³ U slučaju ako član uprave ili izvršni direktor prekrši zabranu konkurencije, odnosno ne pribavi suglasnost nadzornog odbora ili upravnog odbora, društvo od njega može tražiti naknadu štete (čl. 42. st. 1., ZGD).⁷⁴

Društvo može članovima upravnih i nadzornih tijela dioničkog društva i prokuristima odobriti zajam samo na temelju odluke nadzornog odbora ili upravnog odbora (čl. 261. st. 1., ZGD).⁷⁵ Ugovor o zajmu mora se sklopiti u roku od 3 mjeseca od donošenja odluke nadzornog odbora (čl. 261. st. 2., ZGD). Ako je zajam dan bez prethodne suglasnosti nadzornog odbora, odnosno upravnog odbora, zajmoprimac je dužan vratiti primljeni iznos osim ako ga nadzorni odbor, odnosno upravni odbor naknadno odobri (čl. 261. st. 4., ZGD).⁷⁶

Prava i obveze članova upravnih i nadzornih tijela dioničkog društva koja nisu određena zakonom uređuju se ugovorom koji se sklapa s društvom (čl. 262., ZGD). Takav ugovor mora odobriti nadzorni odbor ili upravni odbor,

⁷¹ Čl. 41. st. 3. ZGD-a određuje da se statutom društva mogu odrediti uvjeti pod kojima će se navedenim osobama omogućiti sudjelovanje u konkurencijskom trgovačkom društvu.

⁷² Neki pravni pisci (Kocbek M.) smatraju da član uprave takve poslove ne može sklapati ni uz suglasnost nadzornog odbora. Vidi u Gerželj, G., op. cit., str. 179-180. Čini se da je hrvatski zakonodavac u tom smislu fleksibilniji te da uz suglasnost nadzornog odbora omogućava sklapanje i takvih ugovora.

⁷³ Statutom se valjanost zabrane konkurencije može produljiti i nakon što osoba izgubi svojstvo osobe koja je vezana zabranom konkurencije. Ta produžena zabrana konkurencije ne smije biti duža od 2 godine, odnosno 6 mjeseci ako se radi o članovima uprave dioničkog društva, odnosno društva s ograničenom odgovornošću.

⁷⁴ Društvo može alternativno tražiti od člana uprave da dopusti da se poslovi koje je sklopio za svoj račun smatraju poslovima sklopljenim za račun društva, ili da prenese društvu ono što je primio iz poslova koje je sklopio za svoj račun, ili da mu ustupi svoje pravo na naknadu štete (čl. 42. st. 2., ZGD). Zahtjevi društva za naknadu štete zastaraju u roku od 3 mjeseca od kada je društvo saznalo za povredu zabrane konkurencije, a najkasnije u roku od 5 godina od učinjene povrede (čl. 42. st. 3., ZGD). Vidi u Ivanjko, Š., Kocbek, M., op. cit., str. 288-290. i 550., Gerželj, G., op. cit., str. 179-180.

⁷⁵ Odluka se donosi za točno određeni zajam ili vrstu zajmova te se mora odrediti način obračuna kamata i rok za vraćanje zajma. Na isti način se zajam odobrava i članovima obitelji člana uprave, izvršnog direktora ili prokuriste društva (čl. 261. st. 3., ZGD).

⁷⁶ Ovo se primjenjuje i u odnosima između ovisnog i vladajućeg društva i zajmova koji se odobravaju članovima uprave, izvršnim direktorima i prokuristima. Suglasnost za zajam daje nadzorni odbor, odnosno upravni odbor vladajućeg društva (čl. 261. st. 3., ZGD).

inače član upravnog ili nadzornog tijela društva mora vratiti sve koristi koje je stekao iz takvog ugovora.

2.2.3. Njemačka

U njemačkom pravu je dužna pozornost i odgovornost članova uprave uređena § 93 AktG-a. Kada se radi o članovima nadzornog odbora § 116 upućuje na odgovarajuću primjenu odredbe § 93 AktG-a.⁷⁷ Odredbe njemačkog prava identične su odredbama sadržanim u hrvatskom Zakonu o trgovačkim društvima te su bile uzor pri donošenju hrvatskog Zakona. Uprava vodi poslove društva na vlastitu odgovornost (§ 76 st. 1. AktG). U njemačkom pravu dolazi do izražaja stav da uprava mora voditi računa o interesima dioničara, ali i interesima zaposlenika, vjerovnika društva te javnim interesima. Stoga uprava nije obvezna niti je ovlaštena da postupi samo u interesu dioničara već mora postići ravnotežu između interesa tih različitih sudionika u poslovanju trgovačkog društva.⁷⁸ Članovi uprave za svoj rad odgovaraju samom društvu, kako na temelju svog statusnopravnog položaja, tako i na temelju ugovora o službi koji sklapaju s društvom. U vođenju poslova članovi uprave moraju postupati s pozornošću urednog i savjesnog gospodarstvenika te čuvati poslovne tajne društva koje su saznali obnašajući svoje dužnosti u upravi (§ 93 st. 1. AktG).⁷⁹ Pritom moraju štiti interese društva i suzdržavati se od radnji kojima bi ugrožavali interese društva, odnosno ostvarivali svoje osobne interese. Budući da je ovaj standard ponašanja članova uprave vrlo široko određen, u sudskoj praksi

⁷⁷ U slučaju ako je društvo insolventno ili je prezaduženo, uprava je dužna bez odgode, a najkasnije u roku od 3 tjedna od nastanka tih razloga za otvaranje stečajnog postupka podnijeti zahtjev za otvaranje stečajnog postupka (§ 92 st. 2. AktG). U slučaju ako uprava društva to ne učini, nastaje odgovornost njezinih članova za štetu kako prema društvu, tako i prema vjerovnicima društva (§ 823 st. 2. BGB). Pravo na naknadu štete imaju kako oni vjerovnici čije su tražbine nastale prije otvaranja stečajnog postupka (stečajni vjerovnici), tako i oni vjerovnici čije su tražbine nastale nakon otvaranja stečajnog postupka nad društvom (novi vjerovnici). Novi vjerovnici mogu ostvarivati svoj zahtjev za naknadu štete izravno prema odgovornoj osobi i izvan stečajnog postupka. S druge strane stečajni vjerovnici mogu svoj zahtjev za naknadu štete koja je nastala uslijed smanjenja imovine društva koja ulazi u stečajnu masu i koja je nastala prije ili nakon otvaranja stečajnog postupka (njem. *Gesamtschaden*) ostvariti samo putem stečajnog upravitelja tijekom trajanja stečajnog postupka (§ 92 *Insolvenzordnung* (*InsO*)). Ako se tužba podnosi protiv stečajnog upravitelja nju može podnijeti samo novi stečajni upravitelj. Iznos koji štetnik plati ulazi u stečajnu masu društva.

⁷⁸ Ta teorija se naziva *Konkordanztheorie*. Vidi u Khoudja, Sonia, Corporate Governance in Germany – The recent changes, Centro di ricerca per il diritto d'impresa, Libera Università Internazionale degli Studi Sociali Guido Carli, April 2003, str. 13-14.

⁷⁹ Članovi uprave nisu vezani obvezom čuvanja poslovne tajne pri ispitivanju godišnjih financijskih izvješća, konsolidiranih financijskih izvješća i godišnjih izvješća o stanju društava koja su uvrstila svoje vrijednosne papire na burzu, a pri čemu posebna Služba za reviziju financijskog izvještavanja (*Prüfstelle*) ispituje da li su ta izvješća sastavljena uz primjenu općeprihvaćenih računovodstvenih standarda i pravila knjigovodstva (§ 342b HGB). Članovi uprave moraju surađivati sa Službom za reviziju koja o rezultatima svojeg ispitivanja izvještava Saveznu vlast za financijski nadzor (*Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht*).

razvilo se pravilo poslovnog prosuđivanja po uzoru na angloameričko pravo. Sudovi u svakom pojedinačnom slučaju prosuđuju postupanje uprave, pri čemu sud prosuđuje ispravnost donošenja odluke, a ne može ispitivati rezultate, odnosno uspješnost pojedine poslovne odluke koju su donijeli članovi uprave.⁸⁰ Stoga je već Vladina skupina za korporacijsko upravljanje 2001. godine predložila da se izmijeni odredba § 93 AktG-a i utvrdi da članovi uprave i nadzornog odbora ne mogu biti odgovorni društvu za uspješnost svojih poslovnih odluka. Izmjenama i dopunama Zakona o dionicama iz 2005. godine dopunjen je § 93 st. 1. uvođenjem odredbe da se odluke uprave neće smatrati protivnima postupanju članova uprave s pozornošću urednog i savjesnog gospodarstvenika, ukoliko je član uprave razumno vjerovao da je djelovao za dobrobit društva i da je njegova odluka utemeljena na primjerenim podacima.⁸¹ I u njemačkom pravu članovi uprave solidarno odgovaraju za nastalu štetu, a na njima leži teret dokaza da su postupali s dužnom pozornošću čime se mogu osloboditi svoje odgovornosti. U njemačkom pravu navedeni su identični slučajevi kada osobito postoji odgovornost članova uprave za štetu koju su svojim radnjama pričinili društvu kao i u hrvatskom pravu (§ 93 st. 3. AktG). Članovi uprave oslobođeni su odgovornosti ako su postupali na temelju odluke glavne skupštine. Takav učinak nema suglasnost nadzornog odbora (§ 93 st. 4. AktG).⁸² Zahtjev za naknadu štete mogu članovima uprave

⁸⁰ Stoga su se u sudskoj praksi razvila 5 kriterija čijom se primjenom ocjenjuje postupanje članova uprave i njihova odgovornost prema društvu: poduzetničko odlučivanje (njem. *unternehmerische Entscheidung*), postupanje u dobroj vjeri (njem. *Gutgläubigkeit*), postupanje bez posebnih interesa i bez tuđih utjecaja (njem. *Handeln ohne Sonderinteressen und sachfremde Einflüsse*), postupanje za dobrobit društva (njem. *Handeln zum Wohle der Gesellschaft*) i postupanje na temelju primjerenih podataka (njem. *Handeln auf der Grundlage angemessener Information*). Ovi kriteriji čine pravilo poslovnog prosuđivanja (engl. *business judgment rule*) koje je našlo odraza i u presudi Saveznog suda (BGH) od 21. travnja 1997. godine u slučaju ARAG/Garmenbeck (BGHZ 135, 244 „ARAG/Garmenbeck“). U toj presudi je zauzet stav da članovi nadzornog odbora u slučaju očitih povreda obveza članova uprave, imaju obvezu zatražiti od društva da podnese tužbu za naknadu štete protiv članova uprave. Ako to propuste učiniti, bit će odgovorni društvu za štetu koja je nastala zbog neobavljanja svoje nadzorne funkcije.

⁸¹ *Nach § 93 Abs. 1 Satz 1 wird folgender Satz eingefügt: „Eine Pflichtverletzung liegt nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung ohne grobe Fahrlässigkeit annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.“* (čl. 1. st. 1. UMAG). Vidi u Kock, Martin, *New Law Affects Potential Civil Liability of Directors for Wrongful Business Decisions*, McDermott Will & Emery, On the Subject: Update from Germany, September 2005, <http://www.mwe.com/info/news/gu0905.pdf>, 26. rujan 2005., str. 3-4., *The German Act Regarding Integrity of Companies and Modernization of Stock Corporation Law (UMAG)*, Latham & Watkins, Client Alert, No. 471, August 2005, http://www.lw.com/resource/Publications/_pdf/pub1326_1.pdf, 26. rujan 2005., str. 1., Noack, Ulrich, Zetzsche, Dirk, *Corporate Governance Reform in Germany: The Second Decade*, Arbeitspapiere des Instituts für Unternehmensrecht (IUR), No. 0010, Heinrich Heine Universität, Juristische Fakultät, Düsseldorf, <http://ssrn.com/abstract=646761>, 30. lipnja 2005., str. 13-14.

⁸² Društvo se može odreći zahtjeva za naknadu štete ili sklopiti nagodbu o njemu tek po

izravno postaviti i vjerovnici društva ako ne mogu namiriti svoje tražbine od društva (§ 93 st. 5. AktG).⁸³ Zahtjevi za naknadu štete prema članovima uprave zastarijevaju u roku od 5 godina (§ 93 st. 6. AktG). Tužbu može podnijeti nadzorni odbor (§ 112) ili posebni zastupnici koje imenuje glavna skupština ili se oni imenuju na zahtjev manjinskih dioničara (§ 147 AktG).

Značajna je obveza članova uprave i njihova obveza vjernosti društvu (njem. *Loyalitätspflicht*) prema kojoj se od članova uprave traži da štite interese društva te da se suzdrže od svih radnji kod kojih bi moglo doći do sukoba interesa člana uprave i društva. Svoje oživotovorenje ova obveza nalazi u odredbi § 88 AktG-a o zabrani konkurencije (njem. *Wettbewerbsverbot*). Ona zabranjuje članu uprave da bez prethodnog odobrenja nadzornog odbora obavlja radnje ili gospodarsku djelatnost za svoj ili tuđi račun koji se ostvaruju u području gospodarske djelatnosti društva u čijoj upravi obnaša dužnost.⁸⁴ Ako član uprave postupi protivno zabrani, društvo ima pravo na naknadu štete (§ 88 st. 2. AktG).⁸⁵ Povreda zabrane konkurencije može biti i valjana osnova za opoziv člana uprave. Zabrana konkurencije se ne primjenjuje na članove nadzornog odbora.

U § 89 i 115 AktG-a se određuje da društvo može odobriti zajam članu uprave, odnosno nadzornog odbora, samo na temelju odluke nadzornog odbora.⁸⁶ Ugovor o zajmu mora se sklopiti u roku od 3 mjeseca od donošenja odluke nadzornog odbora, a suglasnost nadzornog odbora nije potrebna ako

proteku 3 godine od nastanka zahtjeva i uz suglasnost glavne skupštine i bez pisanog prigovora manjinskih dioničara koji zajedno drže dionice koje daju udio od 10 % temeljnog kapitala društva. To vremensko ograničenje ne vrijedi u slučaju ako je odgovorna osoba nesposobna za plaćanje i ako ona da bi otklonila otvaranje stečajnog postupka, sklopi nagodbu sa svojim vjerovnicima ili se obveza naknade štete uredi stečajnim planom.

⁸³ Vjerovnik može postaviti takav zahtjev samo u slučajevima grube povrede dužne pozornosti članova uprave, osim onih slučajeva koji su navedeni u st. 3. § 93 AktG-a. Odgovornost prema vjerovnicima nije moguće isključiti odricanjem od zahtjeva ili sklapanjem nagodbe o zahtjevu za naknadu štete ili time što se radnja temeljila na odluci glavne skupštine. Ako je nad društvom otvoren stečaj, pravo vjerovnika protiv članova uprave ostvaruje stečajni upravitelj.

⁸⁴ Članu uprave zabranjuje se da bude član uprave drugog dioničkog društva ili društva s ograničenom odgovornošću ni komplementar u društvu osoba ako ona obavljaju istu gospodarsku djelatnost kao i dioničko društvo u kojem on obnaša dužnost člana uprave. On ne može sudjelovati u bilo kojem poslovnom pothvatu ili poduzimati radnje i sklapati poslove za svoj ili tuđi račun, a koji zadiru u gospodarsku djelatnost dioničkog društva. Nadzorni odbor može dati suglasnost za određene trgovačke obrte, određena trgovačka društva ili za određenu vrstu poslova.

⁸⁵ Umjesto toga društvo može tražiti od člana uprave da dopusti da se poslovi koje je sklopio za svoj račun smatraju poslovima sklopljenim za račun društva, a da iz poslova koje je sklopio za tuđi račun prenese društvu ono što je za to primio, odnosno da mu ustupi zahtjev za naplatu onoga što bi trebalo da primi. Zahtjevi za naknadu štete zastaraju u roku od 3 mjeseca od dana kada ostali članovi uprave i nadzornog odbora saznaju za učinjenu povredu, a najkasnije u roku od 5 godina od učinjene povrede.

⁸⁶ U odluci se moraju naznačiti i kamate i rok otplate zajma. Odluka se može odnositi na određeni zajam ili određenu vrstu zajmova. S davanjem zajma izjednačuje se i davanje mjenica članovima uprave i davanje predujma za naknade za rad članova uprave.

vrijednost zajma ne nadmašuje mjesečni iznos naknade za rad člana uprave, odnosno nadzornog odbora. Pod istim uvjetima društvo može odobriti zajam i svojim prokuristima i drugim zastupnicima, bračnim drugovima i maloljetnoj djeci članova uprave i nadzornog odbora, prokurista i drugih zastupnika društva, kao i trećim osobama koji djeluju za račun tih osoba ili članova uprave, nadzornog odbora, prokurista i drugih zastupnika (§ 89 st. 2. i 3. i § 115 st. 2. AktG). Isto vrijedi i za zajmove koji se daju u odnosima između vladajućeg i ovisnog društva.⁸⁷ U slučaju ako je zajam dan bez suglasnosti nadzornog odbora, zajmoprimac ga je dužan odmah vratiti, bez obzira na drugačiji sporazum, osim ako ga naknadno odobri nadzorni odbor (§ 89 st. 5. i § 115 st. 4. AktG).

Do pojave sukoba interesa dolazi i pri sklapanju ugovora sa samim sobom (njem. *Selbstkontrahierung, Insichgeschäft* (§ 181 BGB)) i pri prisvajanju koristi od poslovanja društva za osobne potrebe člana uprave (njem. *Geschäftschancenlehre*). U § 181 njemačkog Građanskog zakonika (*Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)*) zabranjuje se zastupniku, osim ako je drugačije određeno, da sa zastupanim sklapa pravni posao u svoje ime i za svoj račun ili za račun treće osobe koju zastupa, pa makar se pravni posao sastojao isključivo u ispunjenju obveze. Na taj način se i članu uprave društva dopušta sklapati ugovore s društvom u svoje ime i za svoj račun (izravni suugovaratelj), u svoje ime i za tuđi račun (komisionar) ili u tuđe ime i za tuđi račun (zastupnik) samo uz prethodnu suglasnost nadzornog odbora ili ako mu je dana posebna ovlast statutom društva.⁸⁸ U sudskoj praksi razvila se i doktrina koja se primjenjuje pri prisvajanju koristi od poslovanja društva za osobne potrebe člana uprave. Ona se primjenjuje kada društvo ima legitimni interes ili očekivanje da ostvari pogodnosti iz određene poslovne prilike, te raspolaže financijskim sredstvima da ostvari te pogodnosti. Ako član uprave prisvoji te pogodnosti za sebe, on vrijeđa svoju obvezu vjernosti prema društvu i odgovara društvu za svu štetu koja je nastala iz toga. Ako je pogodnost iz poslovne prilike izravno ponuđena članu uprave, on ni tada nema pravo prisvojiti pogodnosti za sebe ili za treću osobu, ako bi time nastala šteta za društvo.⁸⁹ Temeljno načelo ove doktrine je da član uprave ne smije za sebe prisvojiti pogodnosti iz poslovne prilike koja je nastala upotrebom imovine društva. Član uprave može prisvojiti

⁸⁷ Ako je član uprave, nadzornog odbora, prokurist ili drugi zastupnik društva istodobno i zastupnik po zakonu ili član nadzornog odbora drugog društva kapitala ili član društva osoba, društvo može odobriti zajam tom drugom društvu kapitala ili društvu osoba samo uz suglasnost nadzornog odbora. Ta suglasnost neće biti potrebna ako je to drugo trgovačko društvo povezano s dioničkim društvom ili je zajam odobren radi financiranja plaćanja robe koju društvo isporučuje tom drugom trgovačkom društvu (§ 89 st. 4. i § 115 st. 3. AktG).

⁸⁸ Barbić, Jakša, *Pravo društava*, Knjiga prva: Opći dio, Zagreb, Organizator, 1999., str. 421-423., Gorenc, V. et al., op. cit., str. 48. i 57.

⁸⁹ Savezni sud je išao i dalje pa je utvrdio da član uprave ne smije prisvojiti pogodnosti iz poslovne prilike ako društvo ima interes u takvoj poslovnoj prilici.

te pogodnosti samo ako se s time suglasi nadzorni odbor (§ 88 AktG).⁹⁰ Kada se radi o ugovorima koje član nadzornog odbora sklapa s društvom izvan svojih dužnosti kao člana nadzornog odbora, a osobito kada se radi o ugovorima o službi kojima se ne zasniva radni odnos ili ugovorima o djelu na temelju kojih pruža posebne usluge, potrebno je prethodno pribaviti suglasnost nadzornog odbora (§ 114 st. 1. AktG). U slučaju ako ugovor bude sklopljen bez prethodne suglasnosti, član nadzornog odbora dužan je vratiti društvu sve što je primio na temelju takvog ugovora, osim u slučaju ako nadzorni odbor naknadno ne odobri takav ugovor (§ 114 st. 2. AktG).

2.2.4. Francuska

U francuskom pravu se članovi upravnog odbora, odnosno uprave obvezuju voditi poslove i zastupati društvo te čuvati poslovne tajne društva sukladno interesima društva (čl. L225-56., L225-64. i L225-92. Trgovačkog zakonika). Čl. L225-251. i L225-256. Trgovačkog zakonika određuje solidarnu odgovornost članova upravnog odbora i uprave prema društvu i trećim osobama za povrede zakonskih odredbi koje se primjenjuju na dionička društva, odredbi statuta društva i za štetne i nemarne radnje članova upravnog odbora, odnosno uprave. Ako je štetu prouzročilo više članova upravnog odbora, odnosno uprave društva, sud će odrediti udio u dosuđenoj naknadi štete svakog pojedinog člana. Tužbu za naknadu štete protiv članova upravnog odbora, odnosno uprave u ime društva mogu podnijeti dioničari društva i njihove udruge, kao i samo društvo (čl. L225-252. Trgovačkog zakonika).⁹¹ U slučaju pokretanja stečajnog postupka ili preustroja društva članovi upravnog odbora, odnosno uprave mogu biti odgovorni i za dugove društva, te se na njih primjenjuju određene zabrane (čl. L225-255. i L225-256. Trgovačkog zakonika). Članovi nadzornog odbora osobno odgovaraju za štetne i nemarne radnje koje su počinili u obnašanju svojih obveza prema društvu (čl. L225-257. Trgovačkog zakonika). Članovi nadzornog odbora ne mogu odgovarati za postupanja uprave ili posljedice radnji koje su poduzeli članovi uprave. Iznimno će članovi nadzornog odbora biti odgovorni za štetu koja je nastala društvu kao posljedica kaznenih djela članova uprave ako su članovi nadzornog odbora bili svjesni postojanja takvih kaznenih djela, ali

⁹⁰ Khoudja, S., op. cit., str. 15.

⁹¹ U ime društva tužbu će podnijeti ili upravni odbor ili nadzorni odbor društva. Odredbe statuta društva koje uvjetuju podnošenje tužbe prethodnim obavještanjem ili suglasnošću glavne skupštine društva, kao i odricanje dioničara unaprijed od prava na podnošenje tužbe nemaju pravnog učinka. Odluka glavne skupštine ne može biti osnova za isključenje odgovornosti članova upravnog odbora, odnosno uprave društva za štetne i nemarne radnje koje su počinili u obavljanju svojih zadaća (čl. L225-253. Trgovačkog zakonika). Tužba se mora podnijeti u roku od 3 godine od dana počinjenja štetne radnje, a ako je ona bila prikrivena, tada od dana saznanja za tu radnju. Ako je štetna radnja određena i kao kazneno djelo, rok za podnošenje tužbe iznosi 10 godina (čl. L225-254. Trgovačkog zakonika).

ih nisu prijavili glavnoj skupštini društva.⁹² Tužbu za naknadu štete protiv članova nadzornog odbora u ime društva mogu podnijeti dioničari društva i njihove udruge, kao i samo društvo (čl. L225-252. Trgovačkog zakonika).⁹³ Članovi nadzornog odbora i druge osobe koje su prisustvovala sjednici nadzornog odbora imaju obvezu čuvanja povjerljivih podataka koje im je priopćio predsjednik nadzornog odbora u tajnosti (čl. L225-92. Trgovačkog zakonika).

Trgovački zakonik u čl. L225-38 – L225-42. i L225-86 – L225-90. uređuje postupak sklapanja ugovora između društva i članova upravnog odbora, uprave, nadzornog odbora društva i dioničara društva. Tako čl. L225-38. i L225-86. određuje da svaki ugovor koji se sklapa izravno ili putem zastupnika između društva i njezinog generalnog direktora i njegovih pomoćnika, članova upravnog odbora, odnosno uprave i nadzornog odbora, kao i pojedinog dioničara koji drži udio veći od 10 % u pravu glasa ili je taj dioničar vladajuće društvo, mora prethodno odobriti upravni odbor, odnosno nadzorni odbor društva.⁹⁴ Navedene zainteresirane strane moraju obavijestiti bez odgode upravni odbor, odnosno nadzorni odbor o navedenim ugovorima kada saznaju za njih (čl. L225-40. i L225-88. Trgovačkog zakonika). One ne mogu sudjelovati u glasovanju o davanju suglasnosti za sklapanje tih ugovora. Predsjednik upravnog odbora, odnosno nadzornog odbora će se savjetovati s revizorima o svim odobrenim ugovorima te će ih podnijeti na odobrenje glavnoj skupštini društva.⁹⁵ Svaki takav ugovor koji je sklopljen bez prethodnog odobrenja upravnog odbora, odnosno nadzornog odbora,

⁹² Primjerice u slučaju ako članovi uprave namjerno uzrokuju stečaj društva (bankrot), a nadzorni odbor propusti izvijestiti glavnu skupštinu o grubim povredama obveza članova uprave društva.

⁹³ U ime društva tužbu će podnijeti uprava društva.

⁹⁴ Isto se primjenjuje i u slučaju sklapanja ugovora u kojem navedene osobe imaju posredni interes, kao i u slučaju ako se ugovor sklapa između društva i drugog trgovačkog društva u kojem je generalni direktor, jedan od njegovih pomoćnika, član upravnog odbora, član uprave ili nadzornog odbora društva istodobno član (dioničar) tog drugog društva, komplementar, generalni direktor, član upravnog odbora ili uprave, odnosno nadzornog odbora tog drugog društva, ili je na bilo koji način uključen u vođenje poslova tog drugog društva. Ove odredbe ne primjenjuju se na one ugovore koji se odnose na tekuće poslove koji su sklopljeni pod uobičajenim uvjetima. Ipak, i takvi ugovori moraju se priopćiti predsjedniku upravnog odbora, odnosno predsjedniku nadzornog odbora, osim ako nemaju važnosti za bilo koju ugovornu stranu uzimajući u obzir njihov cilj i financijske učinke. Popis takvih ugovora i njihovih ciljeva se dostavlja članovima upravnog odbora, odnosno nadzornog odbora i revizorima društva putem predsjednika upravnog, odnosno nadzornog odbora (čl. L225-39. i L225-87. Trgovačkog zakonika).

⁹⁵ Revizor će ispitati navedene ugovore i sastaviti pisano izvješće o reviziji koje će podnijeti glavnoj skupštini koja će odlučivati o njegovom usvajanju, odnosno odbijanju. U glasovanju glavne skupštine ne smiju sudjelovati zainteresirane osobe, a njihove dionice se ne uzimaju u obzir ni pri utvrđivanju postojanja kvoruma, odnosno potrebne većine za donošenje odluke. Navedeni ugovori stvaraju pravne učinke prema trećim osobama bez obzira da li su odobreni, osim ako su ništavi zbog prevare. Zainteresirana osoba i, ako je to primjereno, i ostali članovi upravnog odbora, odnosno uprave odgovaraju društvu za eventualne štete koja je nastala

može biti poništen ako šteti društvu (čl. L225-42. i L225-90. Trgovačkog zakonika). Time se ne isključuje odgovornost zainteresiranih osoba za nastalu štetu društvu. Sporni ugovor ne može se poništavati po isteku 3 godine od dana sklapanja ugovora, a ako je on bio prikriven, od dana saznanja za takav ugovor. Ništavost ugovora može se otkloniti naknadnim odobrenjem glavne skupštine koja odlučuje na temelju posebnog izvješća revizora o razlozima zašto upravni odbor, odnosno nadzorni odbor nisu odobrili ugovor. Na ovaj način je francuski zakonodavac uredio ugovore kod kojih se pojavljuje sukob interesa između društva i članova upravnih i nadzornih tijela društva, kao i velikih dioničara društva, gdje je za njihovo sklapanje potrebno prethodno pribaviti suglasnost upravnog odbora, odnosno nadzornog odbora, koji se moraju revidirati te ih naposljetku odobrava glavna skupština društva.

Članovima upravnog odbora, odnosno uprave i nadzornog odbora društva zabranjuje se uzimanje zajmova od društva u bilo kojem obliku, kao i uzimanje jamstava od društva za obveze tih članova prema trećim osobama (čl. L225-43. i L225-91. Trgovačkog zakonika).⁹⁶ Ako takvi ugovori budu sklopljeni, oni će biti ništavi. Na taj se način žele spriječiti prikrivene isplate članovima upravnih i nadzornih tijela društva, osim onih isplata koje im pripadaju kao naknada za rad, kao i druge zloupotrebe davanja zajmova.

3. Pravo manjinskih dioničara na podnošenje tužbe u ime dioničkog društva protiv članova upravnih i nadzornih tijela društva

Odgovornost članova upravnih i nadzornih tijela dioničkog društva za povredu svojih obveza u vođenju poslova i zastupanju društva te nadzoru nad vođenjem poslova društva usmjerena je prema samom dioničkom društvu.⁹⁷ Zbog toga su za podnošenje tužbenog zahtjeva za naknadu

sklapanjem takvih neodobrenih ugovora, bez obzira na nepostojanje prevare (čl. L225-41. i L225-89. Trgovačkog zakonika).

⁹⁶ Ako društvo posluje kao financijska institucija, ta se zabrana na primjenjuje na tekuće poslovne transakcije sklopljene pod uobičajenim uvjetima. Ova zabrana primjenjuje se i na generalnog direktora, njegove pomoćnike i trajne predstavnike pravnih osoba koji su članovi upravnog odbora, odnosno nadzornog odbora, kao i na njihove bliske srodnike te osobe koje nastupaju za njihov račun.

⁹⁷ Čl. 252. i 272. hrvatskog ZTD-a, čl. 263. st. 2. slovenskog ZGD-a, § 93 st. 2. i § 116 njemačkog AktG-a. U francuskom pravu čl. L225-251. propisuje solidarnu odgovornost članova upravnog odbora, odnosno uprave prema društvu i trećim osobama za radnje protivne zakonu, statutu društva i za povredu dužne pozornosti pri vođenju poslova društva. Za članove nadzornog odbora vidi čl. L225-257. Trgovačkog zakonika. U engleskom pravu članovi upravnog odbora također odgovaraju društvu, a ne pojedinim dioničarima. Vidi u Birds, J. et al., op. cit., str. 450., Farrar, J., Hannigan, B., op. cit., str. 378. U američkom pravu članovi upravnog odbora odgovaraju također samom društvu (čl. 8.31. MBCA), iako je sudska praksa stvorila pravila o

štete ovlaštena upravna i nadzorna tijela dioničkog društva, a dioničari društva samo iznimno. Pritom valja uočiti da odluku o podnošenju tužbe u hrvatskom, slovenskom i njemačkom pravu donosi glavna skupština društva, dok se manjinskim dioničarima daje mogućnost da utječu na podnošenje te tužbe, odnosno da imenuju posebne zastupnike koji će predstavljati društvo u sudskom postupku protiv članova upravnih i nadzornih tijela. U angloameričkom i francuskom pravu tužbu protiv članova upravnog odbora, odnosno uprave i nadzornog odbora, može podnijeti i svaki pojedini dioničar. Ipak, i u jednom i u drugom slučaju, dioničari posredno ili izravno podnose tužbu u ime i za račun društva, a eventualna naknada štete pripada društvu, a ne pojedinim dioničarima koji su podnijeli tužbu. Pritom se javlja potreba prethodnog utvrđivanja opravdanosti i svrhovitosti podnošenja takve tužbe za društvo, pa suglasnost za njezino podnošenje daje glavna skupština društva, sud ili posebni odbori unutar dioničkog društva. Na taj način želi se spriječiti zloupotreba prava dioničara da podnošenjem tužbe nanese štetu dioničkom društvu i normalnom odvijanju njegovog poslovanja. Samom podnošenju tužbe u pravilu prethodi postupak posebne revizije u kojoj se prikupljaju činjenice o eventualnim propustima članova upravnih i nadzornih tijela dioničkog društva, što je osnova za njezino podnošenje.

3.1. Derivativna tužba u angloameričkom pravu

U angloameričkom pravu primjenjuje se derivativna tužba koja predstavlja opće pravo svakog pojedinog dioničara.⁹⁸ Takav naziv dobila je zbog toga što dioničar izvodi svoje pravo na njezino podnošenje za račun društva iz činjenice što je on član odnosnog dioničkog društva. Derivativna tužba se vrlo često izjednačava s predstavničkom (engl. *representative action*) ili razrednom (engl. *class action*) tužbom na temelju kojih dioničar

zaštiti kako samog društva, tako i njegovih dioničara od upravnog odbora društva. Vidi u Garza, J.J., op. cit., str. 626-628.

⁹⁸ U engleskom pravu ona predstavlja iznimku od pravila da za štetu koja je nastala društvu tužbu podnosi samo društvo. Dioničar koji podnosi derivativnu tužbu mora dokazati da je došlo do prijevare manjinskih dioničara (većinski dioničari prisvajaju imovinu društva, nemar u vođenju poslova društva i zloupotreba ovlasti) te da štetnik ima prevladavajući utjecaj u društvu koji onemogućava da samo društvo podnese tužbu (engl. *wrongdoer control*). U Engleskoj je Zakonodavna komisija (*Law Commission*) 1997. godine predložila reformu pravila koja trebaju olakšati i pojednostaviti postupak podnošenja derivativnih tužbi. Ona bi se mogla podnijeti samo u slučaju ako se tužba podiže zbog stvarne ili prijetee radnje ili propusta koji uključuje nemar, neispunjenje obveze, povredu dužne pozornosti ili lojalnosti člana upravnog odbora, ili, ako se član upravnog odbora stavlja u takav položaj koji dovodi do sukoba njegovih osobnih interesa s njegovim obvezama prema društvu. Dioničar koji želi podnijeti tužbu mora o tome obavijestiti društvo najmanje 28 dana prije otpočinjanja postupka, navodeći razloge za podnošenje tužbe. Sud će provesti prethodni postupak kako bi utvrdio da li su ispunjeni svi uvjeti za podnošenje derivativne tužbe. Vidi u Birds, J. et al., op. cit., str. 494-498., Farrar, J., Hannigan, B., op. cit., str. 436-438. i 439-441.

predstavlja društvo i sve ostale dioničare u određenoj situaciji, iako svaka predstavnička ili razredna tužba nije i derivativna tužba.⁹⁹ Putem predstavničkih tužbi nastoji se riješiti problem poduzimanja kolektivnih akcija dioničara te se smanjuju troškovi vođenja takvih sudskih postupaka za svakog individualnog dioničara, a korist od takve tužbe uživaju svi dioničari. S druge strane pojavljuju se u praksi dokazi zloupotrebe radi naplate visokih naknada za rad predstavničkih tužbi od strane odvjetnika koji zastupaju dioničare u takvim sudskim postupcima ili su troškovi tih sudskih postupaka daleko veći od financijske koristi koja se postiže po okončanju sudskog postupka. Odvjetnici u pravilu prihvaćaju zastupanje dioničara u takvim postupcima samo ako očekuju značajnu financijsku dobit kroz naplatu naknada za rad i troškova, a vrlo često se sporovi rješavaju putem nagodbi između dioničara i članova upravnog odbora društva. Time se slabi moć predstavničkih tužbi kao sredstva za discipliniranje članova upravnog odbora i većinskih dioničara.¹⁰⁰ Pritom se derivativne i predstavničke tužbe ne primjenjuju samo u slučajevima odštetnih zahtjeva prema članovima upravnog odbora, već u čitavom nizu slučajeva kada se odstupa od načela vladajuće većine.¹⁰¹

Dioničari podnose derivativne tužbe u slučajevima nastanka štete za samo dioničko društvo u obliku smanjenja imovine društva ili ometanja poslovanja društva. Dioničari pritom trpe štetu samo posredno, smanjenjem vrijednosti dionica.¹⁰² Na temelju odluke suda u povodu derivativne tužbe pojedini dioničar koji ju je uložio kao tužitelj ne može steći nikakve osobne koristi, već je on podnosi za račun društva, te je može podnijeti dok postoji mogućnost da samo društvo podnese tužbeni zahtjev i dok je on dioničar tog društva. Naknada štete se uvijek isplaćuje u korist dioničkog društva, a samo iznimno sud može odrediti neposrednu isplatu dividendi dioničarima iz sredstava koje je povodom derivativne tužbe steklo dioničko društvo.¹⁰³

⁹⁹ Predstavnička tužba je također i izravna, neposredna tužba pojedinog dioničara. Vidi u Ivanjko, Š., Kocbek, M., op. cit., str. 976., Birds, J. et al., op. cit., str. 501-502., Farrar, J., Hannigan, B., op. cit., str. 435-436.

¹⁰⁰ Choi, Stephen J., *The Evidence On Securities Class Actions*, Vanderbilt Law Review, October, 2004, str. 1466-1467.

¹⁰¹ Primjerice, pri povredi prava manjinskih dioničara od strane većinskog dioničara, manipulacijama s cijenama dionica od strane društva-izdavatelja, odgovornosti glavnog izvršnog službenika (CEO) i glavnog financijskog službenika (CFO) za točnost godišnjih financijskih izvješća i sl.

¹⁰² Kleinberger, Daniel S., Bergmanis, Imanta, *Direct vs. Derivative, Or „What’s A Lawsuit Between Friends In An Incorporated Partnership?”*, William Mitchell Law Review, Vol. 22/1996, str. 1214-1215.

¹⁰³ *Crowley v. Communications for Hosps., Inc.*, 573 N.E.2d 996, 1006 (Mass. App. Ct. 1991), *Dodge v. Ford Motor Co.*, 170 N.W. 668, 682 (Mich. 1919), *Backus v. Finkelstein*, 23 F.2d 357 (D. Minn. 1927). Na taj način sud zadire u diskrecijsku ovlast članova upravnog odbora da odlučuju o isplati dividende dioničarima u slučaju neosnovane i nezakonite neisplate. Ovakve neposredne isplate dioničarima koji su podnijeli derivativnu tužbu najčešće se kritiziraju jer se

Pri primjeni derivativne tužbe postavlja se čitav niz različitih pretpostavki koje se moraju ispuniti prije podnošenja tužbe, koje možemo podijeliti u četiri skupine: 1) postupovne pretpostavke u pogledu tužitelja-dioničara te prethodnog podnošenja zahtjeva samome društvu da podnese tužbu protiv člana upravnog odbora, 2) izvješće posebnog parničnog odbora (engl. *special litigation committee*) koji imenuje društvo i koji ocjenjuje opravdanost i korisnost podnošenja tužbe, 3) zaštitno djelovanje pravila poslovnog rasuđivanja (engl. *business judgement rule*) u odnosu na članove upravnog odbora, i, 4) poteškoće u ostvarenju koristi za same dioničare iz naknade štete koja je ostvarena u sudskom postupku. Takve prepreke ne postoje pri podnošenju predstavničkih i izravnih tužbi.¹⁰⁴

Postupovne pretpostavke u pogledu tužitelja-dioničara očituju se u zahtjevu da je dioničar koji podnosi tužbu imao to svojstvo u trenutku poduzimanja radnje koja je prouzročila štetu ili da je to svojstvo stekao naknadno kupnjom dionica od osobe koja je bila dioničar u trenutku poduzimanja štetne radnje (engl. *contemporaneous ownership requirement*).¹⁰⁵ Daljnji zahtjev odnosi se na zaštitu interesa onih dioničara koji nisu osobno uključeni u podnošenje derivativne tužbe (engl. *adequate representation requirement*). Meritorna sudska odluka u povodu derivativne dužbe ima svojstvo *res judicatae* te isključuje svako daljnje podnošenje tužbi u odnosu na iste zahtjeve. Stoga podnositelj tužbe mora pravedno i adekvatno (engl. *fairly and adequate*) predstavljati interese svih dioničara društva.¹⁰⁶ Konačno, posljednja postupovna pretpostavka očituje se u zahtjevu da dioničar koji namjerava podnijeti derivativnu tužbu prethodno podnese zahtjev samom upravnom odboru društva da poduzme potrebne radnje protiv svojeg člana koji krši svoje obveze, odnosno da učini vjerojatnim da će takav zahtjev

time vrijeđaju prava vjerovnika i ostalih dioničara društva. Vidi u Kleinberger, D.S., Bergmanis, I., op. cit., str. 1223-1225.

¹⁰⁴ Ibid., str. 1226.

¹⁰⁵ Taj zahtjev postavlja i Model-zakon o poslovnim korporacijama (*Model Business Corporation Act (MBCA)*) kojeg je 1954. godine izradilo Američko pravničko udruženje (*American Bar Association*), a koji je više puta bio mijenjan, posljednji put 2002. godine. MBCA predstavlja pravni akt koji je bio uzor za donošenje zakona i pojedinačnih odredbi pojedinih saveznih država. Tako čl. 7.41. MBCA određuje da derivativnu tužbu može podnijeti samo ona osoba koja je bila dioničar društva u trenutku poduzimanja štetne radnje ili propuštanja ili je postala novi dioničar društva kupnjom dionica od osobe koja je bila dioničar društva u trenutku poduzimanja štetne radnje ili propuštanja te da pošteno i na odgovarajući način predstavlja interese društva u ostvarenju prava društva.

¹⁰⁶ Pritom činjenica da dioničar-tužitelj ima manjinski udio u temeljnom kapitalu društva ne isključuje postojanje pravednog i adekvatnog predstavljanja interesa ostalih dioničara (*Lewis v. Curtis*, 671 F.2d 779, 788 (3rd Cir. 1982), *Larson v. Dumke*, 900 F.2d 1363, 1369 (9th Cir. 1990)). S druge strane, u slučaju ako isti dioničar-tužitelj istodobno podnosi i izravnu tužbu i derivativnu tužbu, to može biti prepreka za podnošenje potonje tužbe (*First Am. Bank & Trust v. Frogel*, 726 F. Supp. 1292, 1298 (S.D. Fl. 1989), *Ruggiero v. American Bioculture, Inc.*, 56 F.R.D. 93, 95 (S.D.N.Y. 1972)). Vidi u Kleinberger, D.S., Bergmanis, I., op. cit., str. 1226-1228.

biti neuspješan (engl. *demand requirement*).¹⁰⁷ Na taj se način omogućava upravnom odboru razmotriti zahtjev dioničara te odlučiti o spornom pitanju bez troškova provedbe parničnog postupka i bez odgode, te se time čuva njegov primat u vođenju poslova društva.¹⁰⁸

Neovisno o tome je li dioničar prethodno podnio zahtjev upravnom odboru da razmotri sporno postupanje svojeg člana, derivativnu tužbu ispituje i ocjenjuje posebni parnični odbor. Posebni parnični odbor je posebni odbor upravnog odbora sastavljen isključivo od nepristranih osoba koje ispituju navodne povrede obveza člana upravnog odbora te odlučuje o svrhovitosti provedbe sudskog postupka, uzimajući u obzir interese dioničkog društva. Članovi posebnog parničnog odbora ne moraju biti istodobno i članovi upravnog odbora. Ovaj odbor nema ovlast da samostalno odbije derivativnu tužbu, ali njegovo izvješće uzima u obzir sud koji odlučuje o derivativnoj tužbi.¹⁰⁹ Prednost posebnog parničnog odbora očituje se u činjenici da on pretresa činjenice i daje preporuke izvan parničnog postupka te ne prejudicira sudsku odluku. Oni omogućavaju društvu da nastali spor analiziraju

¹⁰⁷ Takav prethodni zahtjev dioničar ne mora podnositi u slučaju ako navodni prekršitelji obveza kontroliraju upravni odbor (*Savory v. Berkley*, 212 Minn. 1, 6, 2 N.W.2d 146, 148 (1942), *Weiland v. Northwestern Distilleries, Inc.*, Minn. 157, 159, 251 N.W. 20, 21 (1933)). *Ibid.*, str. 1228-1229.

¹⁰⁸ O podnošenju tog prethodnog zahtjeva ovisi i uspješnost derivativne tužbe, jer u slučaju ako sud naknadno utvrdi da je prethodni zahtjev bilo potrebno podnijeti, a to nije učinjeno, odbit će derivativnu tužbu. S druge strane, ako se podnese zahtjev, upravni odbor će potrošiti znatno vremensko razdoblje na razmatranje zahtjeva, a ako odluči samostalno podnijeti tužbu, iz daljnjeg sudskog postupka istisnut će dioničara koji je podnio prethodni zahtjev. Samo u slučaju ako upravni odbor odbije zahtjev, dioničar može podnijeti derivativnu tužbu. Osobito se u pravu savezne države Delaware prethodni zahtjev i posebni parnični odbor pojavljuju kao zapreka za podnošenje derivativnih tužbi. Vidi u Kleinberger, D.S., Bergmanis, I., op. cit., str. 1229-1230., Thompson, Robert B., Thomas, Randall S., *The Public And Private Faces Of Derivative Lawsuits*, *Vanderbilt Law Review*, October, 2004., str. 1780-1782. MBCA u čl. 7.42. podnošenje tužbe uvjetuje prethodnim podnošenjem pisanog zahtjeva društvu da ono samo podnese tužbu te da je prošlo 90 dana od podnošenja zahtjeva, osim ako je dioničar ranije bio obaviješten da je zahtjev odbijen ili ako postoji opasnost od nastanka nepopravljive štete za društvo uslijed čekanja proteka ovog roka. U slučaju ako društvo otpočne s istraživanjem navoda iz zahtjeva, sud može zastati s postupkom u povodu derivativne tužbe dok traje takva istraga, ako smatra da je to primjereno (čl. 7.43. MBCA). Čl. 7.42. MBCA prihvaćen je u zakonima saveznih država Arizona, Connecticut, Georgia, Hawaii, Idaho, Iowa, Maine, Michigan, Mississippi, Montana, Nebraska, New Hampshire, North Carolina, Texas, Virginia, Wisconsin i Wyoming.

¹⁰⁹ Sud može i odbiti derivativnu tužbu, ako samo društvo to zahtjeva nakon provedene istrage u kojoj je utvrđeno da podnošenje tužbe nije u interesu društva. Odluku o štetnosti podnošenja derivativne tužbe donosi se većinom glasova nezavisnih članova upravnog odbora (engl. *independent directors*) koji su bili prisutni na sjednici upravnog odbora uz uvjet da postoji kvorum, ili većinom glasova članova posebnog odbora koji se sastoji od 2 ili više nezavisnih članova upravnog odbora, čiji su članovi imenovani većinom glasova nezavisnih članova upravnog odbora, bez obzira na postojanje kvoruma. Konačno, moguće je da sud na zahtjev društva imenuje skupinu (engl. *panel*) neovisnih osoba koji će odlučiti o potrebi provedbe sudskog postupka (čl. 7.44. MBCA). Na taj način samo društvo može utjecati na konačni ishod podnošenja derivativne tužbe te spriječiti sudski postupak. Sudski postupak se ne može prekinuti ili riješiti nagodbom bez odobrenja suda (čl. 7.45. MBCA).

nepristrani stručnjaci koji će uzeti u obzir i potrebe normalnog odvijanja poslovanja društva te da se spriječi zloupotreba derivativne tužbe od strane individualnog dioničara. Sa stajališta dioničara koji je podnio tužbu posebni parnični odbor predstavlja prepreku za podnošenje derivativne tužbe, budući da on u pravilu preporuča obustavu daljnjeg postupka.¹¹⁰

Daljnja brana uspostavi odgovornosti članova upravnog odbora povodom derivativne tužbe predstavlja primjena pravila poslovnog rasuđivanja koja jamči njihovu samostalnost u vođenju poslova društva i omogućava donošenje rizičnih poslovnih odluka.¹¹¹

Konačno, u slučaju podnošenja derivativne tužbe naknada štete isplaćuje se u korist dioničkog društva, a sami dioničari koji su podnijeli tužbu nemaju izravne koristi. S druge strane, naknada za rad i troškovi odvjetnika koji su zastupali dioničare koji su podnijeli derivativnu tužbu čini značajni udio u ukupnom iznosu isplaćene naknade štete. Sud nalaže plaćanje naknada za rad i troškova odvjetnika ako je derivativna tužba pridonijela značajnu korist za društvo.¹¹² S obzirom da dioničar vodi postupak za račun društva, sud svojom odlukom u pravilu određuje da troškove postupka snosi samo društvo, vodeći računa o uspjehu stranaka u postupku.¹¹³

3.2. Hrvatska

Pored odgovornosti članova uprave i nadzornog odbora prema društvu, čl. 273. ZTD-a uređuje odgovornost trećih osoba za štetu koju su nanijele društvu i njegovim dioničarima, koje su namjerno utjecale na upravu i nadzorni odbor društva te njezine prokuriste i punomoćnike da poduzmu određene štetne radnje. Te treće osobe odgovaraju i prema društvu, i prema njegovim dioničarima, ali samo za onu štetu koja im je nastala neovisno o šteti koja je nastala društvu. Zakon određuje solidarnu odgovornost članova uprave i nadzornog odbora zajedno s trećim osobama koje su na njih utjecale, kao i osoba koje su imale koristi od štetne radnje ako su s namjerom u tome sudjelovale. Članovi uprave i nadzornog odbora sadržajno odgovaraju na isti način kao i u čl. 252. ZTD-a. Svrha je ove odredbe uređenje odnosa između povezanih društava kada dolazi do utjecaja vladajućeg društva na tijela ovisnog društva, koja mogu voditi poslove na svoju štetu. Uspostavom odgovornosti za štetu trećih osoba koje utječu na ovisno društvo štiti se integritet tijela ovisnog društva. Pritom valja razlikovati imovinu društva

¹¹⁰ Kleinberger, D.S., Bergmanis, I., op. cit., str. 1230-1236., Garza, J.J., op. cit. str. 669-670., Thompson, R.B., Thomas, R.S., op. cit., str. 1758-1760.

¹¹¹ O pravilu poslovnog rasuđivanja vidi naprijed točku 2.1. ovog rada.

¹¹² Značajna korist za društvo znači da je ishod podnesene tužbe ispravljanje ili sprečavanje povreda koje štete pravima i interesima društva ili utječu na ostvarivanje ili zaštitu temeljnih prava dioničara u društvu. Vidi u Kleinberger, D.S., Bergmanis, I., op. cit., str. 1225-1226.

¹¹³ Čl. 7.46. MBCA.

od imovine dioničara. Tako šteta prouzročena društvu predstavlja smanjenje njegove imovine ili sprečavanje povećanja imovine. Šteta nastala društvu utječe i na vrijednost dionica društva koje imaju dioničari, čime nastaje tzv. refleksna šteta za dioničare (njem. *Reflektsschaden*). Dioničar ne može samostalno podnijeti zahtjev za naknadu te refleksne štete, već to mora učiniti samo društvo. No kada se radi o šteti koja je samostalno i neposredno prouzročena na njegovoj imovini namjernim utjecajem trećih osoba, dioničar ima pravo na podnošenje samostalnog tužbenog zahtjeva. To znači da aktivnu legitimaciju za podnošenje tužbe ima društvo, kako za štetu koja je nastala na njegovoj imovini, tako i za refleksnu štetu nastalu dioničarima, dioničar za štetu koja je samostalno i neposredno nastala na njegovoj imovini te vjerovnici društva, ako ne mogu namiriti svoje tražbine od društva.¹¹⁴

U postupku koji se vodi povodom tužbe za naknadu štete protiv članova uprave, društvo zastupa nadzorni odbor. Nadzorni odbor podnosi tužbu na temelju prethodne odluke glavne skupštine društva, imenuje jednog od svojih članova da zastupa društvo ili opunomoćuje neku treću osobu da zastupa društvo. Ako se postupak vodi protiv člana nadzornog odbora, tu ulogu preuzima uprava. Pritom su u praksi moguće situacije kada ni uprava ni nadzorni odbor ne žele pokrenuti sudski postupak, odnosno zastupaju svoje, a ne interese društva. S druge strane, moguće je i da se većinski dioničari povežu s članovima uprave i nadzornog odbora te utječu na imenovanje i opoziv članova nadzornog odbora, a posredno i na članove uprave. Konačno, moguće je da je član uprave ili treća osoba koja utječe na tijela društva većinski dioničar, što osobito dolazi do izražaja kod povezanih društava. U takvim situacijama javlja se potreba da se zaštite manjinski dioničari. U kontinentalnom pravnom sustavu to se rješava posebnim pravom manjinskih dioničara da podnesu tužbu za naknadu štete u ime društva.¹¹⁵

Izmjenama i dopunama ZTD-a iz 2003. godine uvedena je mogućnost da manjinski dioničari utječu na to da društvo podnese tužbu za naknadu štete protiv osnivača društva koja je nastala u postupku osnivanja društva, članova uprave i nadzornog odbora koja je nastala pri vođenju poslova društva te protiv trećih osoba koje su namjerno utjecale na tijela društva i njegove prokuriste i punomoćnike i time izazvale štetu društvu (čl. 273.a, ZTD).¹¹⁶

¹¹⁴ Tako i čl. 264. slovenskog ZGD-a i § 117 njemačkog AktG-a. Vidi u Barbić, J., *Pravo društava*, Knjiga druga-Društva kapitala, 3. izdanje, str. 505., Ivanjko, Š., Kocbek, M., op. cit., str. 973-974.

¹¹⁵ U njemačkoj pravnoj praksi tužba manjinskih dioničara u ime društva izgubila je na svom značenju u odnosima između povezanih društava usvajanjem pravnih pravila o odgovornosti vladajućih društava za obveze ovisnih društava, bilo da se radi o ugovornom ili faktičnom koncernu. Vidi u Ivanjko, Š., Kocbek, M., op. cit., str. 976. Konačno, ona je i vrlo skupa, kako za samo društvo, tako i za njegove dioničare, pa se najčešće zahtjevi za naknadu štete prema članovima uprave rješavaju nagodbama. Vidi u Noack, U., Zetzsche, D., op. cit., str. 13-14.

¹¹⁶ Pri izradi hrvatskih pravnih pravila kao uzor je poslužilo njemačko pravno uređenje tužbe manjinskih dioničara u ime društva protiv članova uprave i nadzornog odbora prije izmjena i

Društvo mora postaviti zahtjev za naknadu štete protiv navedenih osoba ako tako odluči glavna skupština običnom većinom glasova. O tome se može odlučivati samo ako je ta točka dnevnog reda bila uredno objavljena, pri čemu u glasovanju ne mogu sudjelovati oni dioničari protiv kojih se treba podnijeti tužba. Ako glavna skupština ne donese takvu odluku, manjinski dioničari čije dionice predstavljaju najmanje 10 % temeljnog kapitala mogu zatražiti od društva da podnese tužbu.¹¹⁷ Zahtjev mogu podnijeti i dioničari čije dionice nemaju pravo glasa. Taj se zahtjev mora podnijeti na glavnoj skupštini te se unosi u zapisnik glavne skupštine društva. Tužba za naknadu štete može se postaviti u roku od 6 mjeseci od dana održavanja glavne skupštine na kojoj je donesena odluka, odnosno podnesen zahtjev manjinskih dioničara (čl. 273.a st. 1., ZTD). Pravom manjinskih dioničara da podnesu zahtjev za podnošenje tužbe sprečava se opstruiranje uprave i nadzornog odbora da dođe do podnošenja tužbe.¹¹⁸

Budući da su za zastupanje društva nadležni uprava, odnosno nadzorni odbor, pri podnošenju tužbe za naknadu štete protiv njihovih članova moguće je da dođe do opstrukcije. Zbog toga za zastupanje društva u sudskom postupku glavna skupština može imenovati posebne zastupnike društva. Odluka se donosi običnom većinom glasova. I sam sud može na prijedlog manjinskih dioničara čije dionice predstavljaju najmanje 10 % temeljnog kapitala društva ili se odnose na temeljni kapital u iznosu od najmanje 8.000.000,00 kuna imenovati druge zastupnike društva ako smatra da bi to bilo korisno za ostvarenje zahtjeva društva, neovisno o tome da li je odluku o podnošenju tužbe donijela glavna skupština ili su zahtjev za podnošenje tužbe zatražili manjinski dioničari. Udovolji li sud zahtjevu, troškove tog postupka snosi društvo. Društvo je dužno imenovanim zastupnicima platiti naknadu za njihov rad i nadoknaditi troškove koje imaju u vezi sa zastupanjem. Visinu naknade i iznos troškova koje treba nadoknaditi određuje sud (čl. 273.a st. 2. ZTD). Na taj način omogućava se manjinskim dioničarima da utječu na izbor zastupnika društva u sudskom postupku ukoliko posumnjaju u nepristranost zastupnika po zakonu dioničkog društva, odnosno posebnog zastupnika kojeg je imenovala glavna skupština.¹¹⁹

Ako društvo ne podnese tužbu za naknadu štete u roku od 6 mjeseci od dana održavanja glavne skupštine na kojoj je donesena odluka, odnosno podnesen zahtjev manjinskih dioničara, sud će na prijedlog dioničara čije dionice predstavljaju iznos od najmanje 5 % temeljnog kapitala društva ili

dopuna iz 2005. godine.

¹¹⁷ Podnošenje zahtjeva uvjetovano je time da su podnositelji dioničari društva najmanje 3 mjeseca prije održavanja glavne skupštine na kojoj podnose zahtjev.

¹¹⁸ Vidi u Barbić, J., *Pravo društava*, Knjiga druga-Društva kapitala, 3. izdanje, str. 506-507., Gorenc, V. et al., op. cit., str. 377-378.

¹¹⁹ Vidi u Barbić, J., *Pravo društava*, Knjiga druga-Društva kapitala, 3. izdanje, str. 507-508., Gorenc, V. et al., op. cit., str. 377-378., Ivanjko, Š., Kocbek, M., op. cit., str. 981-982.

najmanje njegov iznos od 4.000.000,00 kuna imenovati posebne zastupnike. To će sud učiniti samo ako postoje činjenice koje opravdavaju osnovanu sumnju da je društvu nepoštenim djelovanjem ili grubom povredom zakona ili statuta nanесena šteta. Na taj način se omogućava podnošenje tužbe i nakon proteka roka od 6 mjeseci, ali se to ograničava samo na grube slučajeve nanošenja štete društvu.¹²⁰ Te činjenice moraju dokazati sami dioničari koji su podnijeli prijedlog. Zastupnici koje imenuje sud dužni su postaviti zahtjev za naknadu štete u ime društva ako svojom stručnom prosudbom ocijene da postoje izgledi za uspjeh u sporu. Budući da dioničari nemaju potrebna stručna znanja, donošenje odluke se prepušta zastupnicima (čl. 273.a st. 3., ZTD).

Naknada troškova vođenja sudskog postupka ovisi o uspjehu u parnici. Ako zahtjev za podnošenje tužbe podnose manjinski dioničari, a društvo ne uspije sa svojom tužbom ili uspije samo djelomično, dioničari koji su zahtijevali da se postavi zahtjev dužni su društvu solidarno nadoknaditi time pričinjene troškove u mjeri u kojoj su oni veći od onoga što je dobiveno u sporu. Ako tužba društva bude odbijena, dioničari koji su zahtijevali postavljanje zahtjeva dužni su društvu nadoknaditi sve troškove spora, troškove suda oko imenovanja zastupnika te troškove i naknadu isplaćenu za rad zastupnika (čl. 273.a st. 4., ZTD). Ako je tužba podnesena na temelju odluke glavne skupštine, a društvo ne uspije u sporu, ono snosi sve troškove.

3.3. Slovenija

U slovenskom pravu čl. 327. st. 1. ZGD-a obvezuje upravu, odnosno upravni odbor društva, da podnese tužbu za naknadu štete koja je nastala pri osnivanju ili vođenju poslova društva, protiv osnivača i članova uprave i nadzornog odbora, odnosno upravnog odbora društva, ako takvu odluku donese glavna skupština običnom većinom glasova.¹²¹

U čl. 327. st. 2. ZGD-a određuje se da glavna skupština mora imenovati posebnog zastupnika u slučaju ako se tužba podnosi protiv člana uprave ili nadzornog odbora, odnosno upravnog odbora koji u trenutku donošenja odluke glavne skupštine još obavlja te funkcije. Posebni zastupnik zastupa društvo u sudskom postupku koji se vodi u povodu tužbe za naknadu štete, kao i u ovršnom postupku (čl. 327. st. 3., ZGD). Slovenski zakonodavac nije

¹²⁰ Zahtjevi svih navedenih osoba prema članovima uprave zastarijevaju u roku od 5 godina, koji počinje teći od dana kada se protiv člana uprave mogla podignuti tužba.

¹²¹ Tužba manjinskih dioničara u ime društva protiv članova upravnih i nadzornih tijela dioničkog društva uvedena je u slovensko pravo Zakonom o preuzimanjima (Zakon o prevzemih, UL RS 47/97, 56/99) iz 1997. godine. Vidi u Ivanjko, Š., Kocbek, M., op. cit., str. 981., Andrić, Andrej, Tožba delničarja v nemškem pravu in vzpodbude za slovensko pravo družb, u knjizi Zajc, K. (ur.), Corporate Governance v Sloveniji, str. 224-225.

riješio kako postupiti u slučaju ako glavna skupština ne imenuje posebnog zastupnika, ali tada sami manjinski dioničari mogu podnijeti tužbu u ime društva.

U čl. 328. ZGD-a ovlašćuje se manjinske dioničare koji drže dionice koje zajedno čine 10 % temeljnog kapitala društva ili iznos od 400.000,00 eura da mogu samostalno podnijeti tužbu u ime društva u slučaju ako glavna skupština ne donese odluku o podnošenju tužbe, kao i u slučaju ako ne imenuje posebne zastupnike ili ovlaštene osobe ne podnesu tužbu na temelju odluke glavne skupštine.¹²² Na taj način se manjinskim dioničarima omogućava neposredno podnošenje tužbe u ime društva, za razliku od hrvatskog prava u kojem tužbu podnose posebni zastupnici koje je imenovao sud na zahtjev manjinskih dioničara.

ZGD ne određuje ništa u pogledu troškova sudskog postupka za podnošenje tužbe manjinskih dioničara. To znači da bi trebalo primijeniti opće pravilo čl. 154. st. 1. Zakona o parničnom postupku,¹²³ prema kojem stranka koja izgubi spor mora nadoknaditi sudske troškove drugoj stranci. Ipak, u ovom slučaju je primjerenija primjena odredbi o posebnoj reviziji (čl. 321., ZGD): troškove postupka mora snositi samo dioničko društvo, a društvo može naknadno ostvarivati pravo regresa prema manjinskim dioničarima koji su neutemeljno podnijeli tužbu.¹²⁴ To se opravdava time što postupak posebne revizije prethodi podnošenju odštetne tužbe, kao i time što bi se manjinski dioničari mogli ustručavati od podnošenja tužbe zbog tereta troškova sudskog postupka. Konačno, tužba se podnosi u ime društva, a naknada štete pripada samom društvu, a ne manjinskim dioničarima koji su podnijeli tužbu.

¹²² Ti dioničari moraju deponirati svoje dionice i ne smiju njima raspolagati do donošenja presude u povodu tužbe. Ako to ne učine, smatra se da su tužbu povukli. Oni moraju dokazati da su bili imatelji dionica u razdoblju od 3 mjeseca prije glavne skupštine koja je odbila njihov prijedlog. Pritom se ne određuje rok u kojem dioničari mogu podnijeti tužbu, ali to svakako treba biti razuman rok za podnošenje tužbe. Manjinski dioničari će moći podnijeti tužbu kako u slučaju ako glavna skupština odbije prijedlog za podnošenje tužbe, tako i u slučaju ako ga usvoji, ali ne imenuje posebnog zastupnika ili ako zastupnici po zakonu društva ne postupe po odluci glavne skupštine. Vidi u Ivanjko, Š., Kocbek, M., op. cit., str. 981-982., Andrić, A., op. cit., str. 235-238.

¹²³ Zakon o pravdnem postupku (uradno prečišćeno besedilo)(ZPP-UPB2), UL RS 36/04.

¹²⁴ Slovensko pravo u čl. 321. st. 3. ZGD-a određuje da će sud u odluci o imenovanju posebnog revizora naložiti društvu da dađe predujam za troškove posebne revizije i naknadu za rad posebnom revizoru. Ako predujam nije dovoljan za pokriće troškova revizije i naknade za rad posebnom revizoru, sud može naložiti društvu davanje dodatnog predujma. Na taj način se osigurava brzo i nesmetano obavljanje posebne revizije. U slučaju neutemeljene provedbe posebne revizije, dioničko društvo ima pravo na naknadu štete od podnositelja prijedloga za imenovanje posebnog revizora (čl. 321. st. 4. ZGD, § 146 AktG). To ne znači da će manjinski dioničari biti uvijek dužni nadoknaditi troškove koje je imalo društvo pri neutemeljenoj posebnoj reviziji, već samo onda ako su oni namjerno ili uslijed krajnje nepažnje podnijeli neosnovani prijedlog za imenovanje posebnog revizora. Vidi u Ivanjko, Š., Kocbek, M., op. cit., str. 981.

3.4. Njemačka

U njemačkom se pravu ideja o uvođenju tužbe dioničara protiv članova uprave društva javlja već u 19. stoljeću.¹²⁵ Ipak, njemački zakonodavac i pravna znanost bili su vrlo oprezni, uzimajući u obzir prigovore da bi takva ovlast dioničara previše ugrožavala položaj uprave i njezinu samostalnost u vođenju poslova u dioničkom društvu, a s druge strane mogućnost zloupotreba tužbe od strane dioničara kako bi oni u neutemeljenim sudskim postupcima kroz naknadu štete kompenzirali svoj interes za isplatom dividende. Stoga je zaživjela ideja da se mogućnost podnošenja odštetne tužbe protiv članova uprave dade manjinskim dioničarima. Tako je ta tužba uvedena prvi put 1884. godine, te je ostala konstanta njemačkog prava društava sve do danas.¹²⁶ Zakon o integritetu trgovačkih društava i modernizaciji prava dioničara na obranu (*Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG)*), koji je stupio na snagu 1. studenog 2005. godine, izmijenio je brojne odredbe Zakona o dionicama (AktG), uključujući i odredbe o tužbi manjinskih dioničara u ime društva protiv članova uprave i nadzornog odbora društva. Cilj ovih izmjena bio je ukloniti nedostatke dotadašnjeg pravnog uređenja tužbe protiv članova uprave za štetu koju pričine društvu, budući da je praksa pokazala neučinkovitost tog pravnog sredstva.¹²⁷ UMAG je tako snizio prag za podnošenje tužbe protiv članova uprave i nadzornog odbora od strane manjinskih dioničara u slučaju ako tijela društva, odnosno posebni zastupnici propuste podnijeti tužbu u propisanom roku po donošenju odluke glavne skupštine. Pritom se manjinskim dioničarima daje mogućnost da tu tužbu podnesu samostalno za račun društva, bez posredovanja posebnih zastupnika, a eventualne neosnovane parnice sprečavaju se kroz provedbu posebnog prethodnog postupka u kojem sud ocjenjuje osnovanost podnošenja tužbe. Na taj način se manjinskim dioničarima daje položaj koji je vrlo sličan položaju dioničara u derivativnoj tužbi. Kako bi se riješio problem

¹²⁵ Tako 1847. godine takvu tužbu predlaže Jolly, 1872. godine Bekker, a 1936. godine Krückmann. Vidi u Andrić, A., op. cit., str. 228-229.

¹²⁶ Tako se ta tužba javlja u čl. 223. Općeg njemačkog trgovačkog zakonika iz 1884. godine, § 268 Trgovačkog zakonika iz 1897. godine, § 122 AktG-a iz 1937. godine te § 147 AktG-a iz 1965. godine. S vremenom se snižavao minimalni prag za podnošenje tužbe manjinskih dioničara, produžavali su se rokovi za podnošenje tužbenog zahtjeva, te je ukinut zahtjev za pohranom dionica tijekom trajanja sudskog postupka. Loc. cit.

¹²⁷ U pravilu je takve tužbe podnosio nadzorni odbor, no on se vrlo često ustručavao od podnošenja takvih odštetnih tužbi protiv članova uprave s obzirom na dugotrajne parnice čija je financijska korist bila daleko manja od šteta koje su nastajale zbog negativnog publiciteta za dioničko društvo. S druge strane, u situacijama kada su sami dioničari mogli inicirati izbor posebnih zastupnika koji bi zastupali društvo u parnici protiv članova uprave, dioničari koji su imali većinski udio najčešće su već bili zastupljeni u nadzornom odboru te su nastojali postići tihu nagodbu između članova uprave i društva kako bi otklonili rizike koji prijete njima samima, tako i štete od negativnog publiciteta za samo društvo. Vidi u Noack, U., Zetzsche, D., op. cit., str. 13-14.

poduzimanja kolektivnih akcija manjinskih dioničara, § 127a njemačkog AktG-a predviđa mogućnost da svaki dioničar u Saveznom službenom listu, koji se vodi u elektronskom obliku, objavi poziv za poduzimanje određene pravne radnje za koju je zakonodavac propisao određeni minimalni prag. Na taj način se omogućava obaviještenost ostalih dioničara putem interneta o poduzimanju određene pravne radnje kojom se štite prava manjinskih dioničara i osigurava uspješnost njezinog poduzimanja.¹²⁸

U njemačkom pravu odluku o podizanju tužbe donosi glavna skupština običnom većinom glasova, a društvo mora tužbu podnijeti u roku od 6 mjeseci od dana kada je glavna skupština donijela odluku, pri čemu manjinski dioničari ne mogu podnijeti glavnoj skupštini posebni zahtjev za donošenje odluke o podizanju tužbe.¹²⁹

Odluku o imenovanju posebnih zastupnika može donijeti sama glavna skupština ili sud na prijedlog manjinskih dioničara čije dionice zajedno čine 10 % temeljnog kapitala društva ili iznos od 1.000.000,00 eura, koji imenuje posebnog zastupnika umjesto uprave, nadzornog odbora, odnosno posebnog zastupnika kojeg je imenovala glavna skupština ako je to potrebno za ostvarenje zahtjeva društva (§ 147 st. 2. AktG).¹³⁰

U njemačkom pravu je izmjenama i dopunama AktG-a iz 2005. godine uveden posebni prethodni postupak (njem. *Klagezulassungsverfahren*) u kojem se pred sudom, koji je mjesno nadležan prema sjedištu društva, utvrđuje pravo manjinskih dioničara da samostalno podnesu tužbu za račun društva u slučaju ako to ne učini društvo u roku od 6 mjeseci od dana održavanja glavne skupštine na kojoj je donesena odluka o podnošenju tužbe (§ 148 AktG). Dioničari koji drže dionice koje čine 1 % temeljnog kapitala društva ili burzovnu vrijednost od 100.000,00 eura mogu pokrenuti prethodni postupak u kojem će sud ocijeniti da li oni mogu sami podnijeti

¹²⁸ Njemački UMAG je 2005. godine predvidio uvođenje novog § 127a AktG-a koji je uveo posebni dio u Saveznom službenom listu (*Bundesanzeiger*) koji se vodi u elektronskom obliku, u kojem svaki dioničar može oglasiti svoj poziv za podnošenje određene tužbe, iniciranje imenovanja posebnog revizora, glasovanje o određenom pitanju na glavnoj skupštini ili iniciranje sazivanja glavne skupštine, a za koje zakonodavac propisuje kao uvjet određeni minimalni prag (udio u temeljnom kapitalu ili udio u pravu glasa). Dioničar mora učiniti vjerojatnim da je svoj cjeloviti poziv dostavio društvu najmanje 3 radna dana prije dana oglašavanja poziva. Ako društvo udovolji prijedlogu manjinskih dioničara, nadoknadi će troškove objave poziva veličine do 5 000 znakova. Društvo se o prijedlogu može očitovati u Saveznom službenom listu. Vidi u Noack, U., Zetzsche, D., op. cit., str. 15-16.

¹²⁹ § 147 st. 1. AktG-a koji je izmijenjen 2005. godine čl. 1. st. 13. UMAG-a. Na taj način uklonjena je dotadašnja mogućnost da sami manjinski dioničari koji imaju udjele koji zajedno čine najmanje 10 % temeljnog kapitala društva zatraže od glavne skupštine podnošenje tužbe. Vidi u Andrić, A., op. cit., str. 224-225., Noack, U., Zetzsche, D., op. cit., str. 14-15.

¹³⁰ Ako sud udovolji zahtjevu manjinskih dioničara, sudske troškove snosi samo dioničko društvo. Sudski imenovani posebni zastupnik ima pravo na nagradu za svoj rad i naknadu troškova na teret društva, a njihov iznos određuje sud. Protiv odluke suda o imenovanju posebnog zastupnika i određivanju njegove nagrade za rad i naknade troškova moguće je uložiti žalbu.

tužbu za naknadu štete protiv članova uprave i nadzornog odbora za račun društva ako dioničari učine vjerojatnim da su stekli dionice u određenom trenutku prije nego što su saznali za štetno postupanje članova uprave i nadzornog odbora, da su prethodno pokušali da nadzorni odbor tuži članove uprave, da činjenice ukazuju na ozbiljna kršenja dužne pozornosti članova uprave koja su prouzročila štetu društvu te da sa stajališta društva ne postoje razlozi da se članovi uprave ne tuže. Za vrijeme trajanja prethodnog postupka, društvo može u svako doba samostalno podnijeti odštetnu tužbu protiv članova uprave ili nadzornog odbora. Ako sud utvrdi da manjinski dioničari imaju pravo na tužbu, tužba se mora podnijeti u roku od 3 mjeseca od donošenja odluke. Ako sud dopusti podnošenje tužbe, sve daljnje sudske troškove snosi društvo te nadoknađuje troškove koji su nastali manjinskim dioničarima u prethodnom postupku. Društvo može u svako doba ostvariti pravo regresa ako se naknadno utvrdi da je zahtjev za podnošenje tužbe bio neosnovan. Podnošenje tužbe mora se objaviti u glasilu društva, kao i okončanje postupka, ako se radi o uvrštenom dioničkom društvu (§ 149 AktG).

3.5. *Francuska*

U francuskom pravu svaki pojedini dioničar, udruga dioničara¹³¹ ili skupina dioničara može podnijeti tužbu protiv članova upravnih i nadzornih tijela društva, a za račun društva, bez da se traži suglasnost glavne skupštine za to (čl. L225-252. Trgovačkog zakonika). Tužitelji su ovlašteni tužiti za naknadu cjelokupne štete koju je pretrpjelo društvo, pri čemu im se može odrediti i naknada refleksne štete. Podnošenje spomenute tužbe ne može biti uvjetovano ispunjenjem posebnih pretpostavki da se prethodno obavijesti ili pribavi suglasnost glavne skupštine društva za podnošenje tužbe, ili da se unaprijed isključi pravo na podnošenje tužbe, koje bi bile predviđene statutom društva. Odluka glavne skupštine ne može osloboditi odgovornosti niti može onemogućiti podnošenje tužbe za naknadu štete protiv članova upravnog odbora, odnosno uprave te nadzornog odbora zbog štetnih ili nemarnih radnji u obavljanju njihovih funkcija u društvu (čl. L225-253. Trgovačkog zakonika). Spomenuta tužba mora se podnijeti u roku od

¹³¹ U francuskom pravu čl. L225-120. Trgovačkog zakonika određuje da u dioničkim društvima čije su dionice uvrštene na uređena tržišta kapitala, dioničari čije su dionice registrirane najmanje 2 godine i koji zajedno drže dionice koje daju najmanje 5 % glasova mogu osnivati udruge radi ostvarenja svojih interesa u dioničkim društvima. Da bi dioničari ostvarivali svoja prava putem tih udruga, moraju o postojanju udruge obavijestiti društvo i Odbor za burzovne operacije (*Commission des Opérations de Bourse*). Što je temeljni kapital društva veći to je i potrebni udio u pravu glasa (temeljnem kapitalu) manji za osnivanje udruge dioničara (4 % u slučaju ako temeljni kapital nije veći od 4.500.000,00 eura, 3 % u slučaju ako temeljni kapital nije veći od 7.500.000,00 eura, 2 % u slučaju ako temeljni kapital nije veći od 15.000.000,00 eura, 1 % u slučaju ako je temeljni kapital veći od 15.000.000,00 eura).

3 godine od počinjenja radnje koja je uzrokovala štetu ili od saznanja za takvu radnju ako je bila prikrivena. U slučaju ako je štetna radnja ujedno određena i kao kazneno djelo, rok za podnošenje tužbe produžuje se na 10 godina (čl. L225-254. Trgovačkog zakonika). Na taj način se u francuskom pravu koristi svojevrsna mješavina derivativne tužbe i tužbe manjinskih dioničara za račun društva.¹³²

4. Zaključak

Članovi upravnih i nadzornih tijela dioničkog društva imaju obvezu da u vođenju poslova društva i zastupanju društva prema trećim osobama, kao i nadzoru nad vođenjem poslova društva, vode računa o interesima društva, ali i drugih sudionika u društvu. Pritom su se u angloameričkom pravu pravila o odgovornosti i dužnoj pozornosti članova upravnog odbora razvila u sudskoj praksi. Ona su obuhvaćena standardom fiducijarne pozornosti (engl. *fiduciary duty*) koji u sebi obuhvaća obvezu vjernosti (engl. *duty of loyalty*), dužnu pozornost (engl. *duty of care*) i obvezu obavješćavanja (engl. *duty of disclosure*). Kada se radi o dužnoj pozornosti koja dolazi do izražaja u vođenju poslova i zastupanju društva, do izražaja dolazi primjena pravila poslovnog rasuđivanja (engl. *business judgement rule*) koja jamči samostalnost upravnog odbora u donošenju rizičnih poslovnih odluka bez opasnosti da sud utvrđuje njihovu odgovornost za učinke takvih poslovnih odluka, osim ako tužitelj dokaže da je član upravnog odbora postupao protivno dobroj vjeri, ili da je donio odluku za koju nije razumno vjerovao da je u najboljem interesu društva, ili da nije bio dovoljno obaviješten s obzirom na okolnosti slučaja, ili da se nalazio u sukobu interesa, ili da je sustavno zanemarivao svoju obvezu nadzora nad poslovanjem društva ili da je primio financijsku korist na koju nema pravo. Primjena pravila poslovnog rasuđivanja zaživjela je i u njemačkoj sudskoj praksi, što je uvjetovalo dopune njemačkih pravnih propisa o dužnoj pozornosti. U kontinentalnom pravu postoje posebna pravila koja zahtijevaju od članova upravnih i nadzornih tijela dioničkog društva da obavljaju svoje ovlasti s pozornošću urednog i savjesnog gospodarstvenika te da su dužni čuvati poslovne tajne društva. S druge strane nameće im se obveza prijave mogućih sukoba interesa te mogućnost sklapanja ugovora s društvom i dobivanja zajmova iz sredstava društva samo uz suglasnost nadzornih tijela društva. Zabranom konkurencije vezani su članovi upravnih tijela dioničkog društva.

¹³² U francuskom pravu čl. L225-252. Trgovačkog zakonika ovlašćuje svakog pojedinog dioničara ili udrugu dioničara iz čl. L225-120. Trgovačkog zakonika, odnosno skupinu dioničara koja djeluje sukladno uvjetima koje odredi Državni savjet, da podnese tužbu za račun društva radi utvrđenja odgovornosti članova upravnog odbora, odnosno uprave te nadzornog odbora za štetu nastalu društvu.

U slučaju povrede obveza članova upravnih i nadzornih tijela dioničkog društva, tužbu za naknadu štete podnose članovi upravnih, odnosno nadzornih tijela dioničkog društva, ovisno o tome tko se pojavljuje kao prekršitelj. Pritom se omogućava i imenovanje posebnih zastupnika na inicijativu glavne skupštine ili na zahtjev manjinskih dioničara, koji prevladavaju interesno povezivanje članova upravnih i nadzornih tijela društva te njihovu opstrukciju podnošenja tužbe. Pravo na podnošenje tužbe daje se i samim dioničarima u ime društva. Pritom se u angloameričkom pravu primjenjuje derivativna tužba na koju pravo ima svaki pojedini dioničar. Njezina se primjena uvjetuje prethodnim podnošenjem zahtjeva samom društvu da ono samo poduzme odgovarajuće mjere protiv člana upravnog odbora koji krši svoje obveze, kao i formiranjem posebnih parničnih odbora koji ocjenjuju opravdanost podnošenja derivativne tužbe. Na taj način sprečava se zloupotreba derivativne tužbe, a društvu se daje mogućnost da utječe na daljnji tijek sudskog postupka u povodu derivativne tužbe, uzimajući u obzir njezinu svrhovitost. U kontinentalnom pravu se pravo na podnošenje tužbe u ime društva daje manjinskim dioničarima, u slučaju ako glavna skupština propusti donijeti odluku o podnošenju tužbe, ili ako društvo, odnosno posebni zastupnici ne podnesu tužbu u propisanom roku. U njemačkom pravu došlo je do sniženja praga za podnošenje tužbe manjinskih dioničara protiv članova uprave i nadzornog odbora u ime društva, u slučaju ako se u propisanom roku ne podnese tužba od dana donošenja odluke glavne skupštine. Eventualne zloupotrebe tog prava sprečavaju se provedbom prethodnog postupka u kojem sud ocjenjuje osnovanost podnošenja tužbe. Valjalo bi razmotriti prihvaćanje takvog pravnog uređenja i unutar hrvatskog prava jer bi se time olakšalo podnošenje tužbe manjinskih dioničara u ime društva, a putem sudske kontrole bi se osiguralo sprečavanje zloupotrebe tog prava manjinskih dioničara. S druge strane sudska kontrola isključuje i neosnovane tužbe u ime društva koje bi podnosili posebni zastupnici umjesto manjinskih dioničara u slučaju ako tu tužbu ne podnese samo društvo u propisanom roku. Kada se radi o troškovima sudskog postupka u povodu podnošenja tužbe protiv članova upravnih i nadzornih tijela dioničkog društva, njih mora snositi samo društvo, vodeći računa o uspjehu stranaka u parnici. Na taj način se uklanja ustučavanje manjinskih dioničara da podnose takve tužbe u ime društva zbog prevelikih troškova.

Summary

RIGHT OF MINORITY SHAREHOLDERS ON FILING OF INDEMNITY ACTION ON BEHALF OF PUBLIC COMPANY AGAINST MEMBERS OF MANAGEMENT AND SUPERVISORY BOARD

Right of minority shareholders on filing of indemnity action on behalf of a public company against members of management and supervisory board is one of legal remedies by which the shareholders can influence on good performance of both management and supervisory board. General assembly of the company decides on filing of indemnity action and members of management or supervisory board must file action in a certain period of time. If the members of management or supervisory board do not file such action, shareholders of the company are entitled to file the indemnity action on behalf of the company. Possible abuses of the indemnity action by shareholders are diminished by previous judicial control of grounds for filing the action, or by appointment of impartial special litigation committees which decide on appropriateness of such an action having in mind the company's interests. Derivative action which can be filed by every individual shareholder was developed in common law countries, while in civil law countries the indemnity action may be filed by minority shareholders.

Key words: *liability, management, supervisory board, derivative action, minority shareholders, indemnity action on behalf of public company.*

Zusammenfassung

... fali

Sommario

DIRITTO DEGLI AZIONISTI MINORITARI ALLA PRESENTAZIONE DELL'AZIONE IN NOME DELLA SOCIETÀ PER AZIONI CONTRO MEMBRI DEL CONSIGLIO DI AMMINISTRAZIONE E DI SORVEGLIANZA

Il diritto degli azionisti minoritari alla presentazione dell'azione in nome della società per azioni contro membri del consiglio di amministrazione e di sorveglianza è uno dei rimedi legali mediante i quali gli azionisti

possono influenzare la buona attività del consiglio di amministrazione e di sorveglianza. L'assemblea generale della società decide sulla presentazione dell'azione di risarcimento e i membri del consiglio di amministrazione o di supervisione devono presentare l'azione in un determinato periodo di tempo, cosicché se i membri del consiglio di amministrazione o di supervisione non presentano l'azione gli azionisti hanno diritto di presentare l'azione in nome della società. Gli eventuali abusi dell'azione di risarcimento da parte degli azionisti sono diminuiti mediante il precedente controllo giudiziale dei motivi della presentazione dell'azione, o attraverso la nomina di comitati speciali imparziali per la lite che decidono sull'appropriatezza dell'azione secondo l'interesse della società. Nei paesi di *common law* è stata sviluppata l'azione derivata che può essere presentata da ciascun azionista individuale, mentre nei paesi di *civil law* l'azione di risarcimento può essere presentata dagli azionisti minoritari.

Parole chiave: *responsabilità, amministrazione, consiglio di sorveglianza, azione derivata, azionisti minoritari, azione di risarcimento in nome della società.*