УДК 347.56:331.108.41; 005.742-057.162:005.25; 334.784:005.582.2

ДУЖНОСТ НЕКОРИШЋЕЊА ПОСЛОВНИХ ПРИЛИКА КОЈЕ ПРИПАДАЈУ ПРИВРЕДНОМ ДРУШТВУ

др Вук Радовић, LL.M. (University of Pittsburgh)*

Привредним друштвима се свакодневно указују бројне пословне прилике, од којих они само неке искористе. Одбијање коришћења пословних прилика је уобичајено и такве одлуке су заштићене правилом пословне процене. Проблем настаје онда када те пословне прилике искористи директор привредног друштва или друго лице са посебним дужностима, а да при том друштво о томе није обавештено, нити је дало сагласност. Да се то не би дешавало, у упоредном и домаћем праву постоји обавеза лица са посебним дужностима да не користе пословне прилике које припадају привредном друштву.

У уводним деловима овог рада се појмовно одређује дужност некоришћења пословних прилика, указује на две супротстављене концепције у регулативи ове дужности (америчка и британска) и утврђују циљеви правног уређења ове области. У централном делу рада анализирају се три односа: 1) однос између привредног друштва и пословне прилике, како би се утврдило када треба сматрати да једна пословна прилика припада привредном друштву; 2) однос између лица са дужностима и пословне прилике, јер начин на који лице са дужностима сазнаје за пословну прилику може имати велики утицај на то да ли постоји дужност, и 3) однос између лица су дужностима

* Редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, *vuk@ius.bg.ac.rs*.

Део овог рада је изложен на 32. саветовању судија привредних судова Србије у септембру 2025. године и штампан у радном материјалу овог саветовања, Привредни апелациони суд, *Радни материјал II*, Београд 2025, 9–32.

и привредног друштва, како би се одредио персонални домен примене ове дужности. Такође, у раду су анализирани и типични изузеци од постојања дужности некоришћења пословних прилика, попут одбијања пословне прилике и финансијске немогућности друштва. Циљ рада је да се српској судској и корпоративној пракси дају одређене смернице за правилно сагледавање ове дужности, као и указивање на бројне практичне проблеме у њеној примени.

Кључне речи: *дужност лојалности, дужност избегавања сукоба интереса, пословна прилика, корпоративна прилика, директор.*

1. Увод

Привредно друштво се бави продајом половних аутомобила. Директор друштва добија информацију од запосленог у друштву да се преко огласа продаје луксузни аутомобил одређене марке по изузетно повољној цени, те да би друштво требало да размотри ову опцију. Уместо да га купи у име друштва, директор друштва одлучује да аутомобил купи за себе и тако ограби изузетно повољну прилику. Да ли је на овај начин директор друштва присвојио нешто што му не припада? Куповина аутомобила би за друштво била добра инвестиција, јер би накнадно друштво могло исти аутомобил да прода по вишој цени и заради на разлици. Куповина аутомобила је за привредно друштво била једна потенцијално профитабилна пословна прилика, али коју друштво није разматрало, јер директор ову информацију није никоме даље преносио. Чињеница да је директор за ову пословну прилику сазнао од запосленог у друштву, за време радног времена и то у оквиру вршења својих активности, као и да је куповина половних аутомобила основна делатност друштва, јасно указује на то да се директор није понашао лојално према привредном друштву.

Замислимо да се у судском поступку који се води против директора, директор брани следећим аргументима: прво, друштво је на ивици стечаја, те нема довољно новца да финансира куповину тог аутомобила; друго, аутомобил о коме је овде реч спада у категорију луксузних возила, а привредно друштво се до сада није бавило продајом луксузних аутомобила; и треће, директор је у својству органа пословођења донео пословну одлуку да ово није пословна прилика коју друштво треба да искористи. Да ли би ови аргументи

били довољни да судија закључи да пословна прилика не припада привредном друштву, па самим тим не постоји никаква обавеза директора у вези са њом или да пословна прилика припада друштву, али да је у конкретном случају директор могао лично да је искористи?

Да ли би се одговор променио да у овом случају директор за поменуту информацију није сазнао од запосленог у друштву, већ од свог пријатеља на приватној забави ван радног времена? Другим речима, да ли је и у којој мери релевантна чињеница на који начин је директор сазнао за пословну прилику? А шта би било да је директор сазнао за пословну прилику на забави организованој након семинара, при чему је друштво финансирало учешће директора на том семинару (на пример, платило котизацију, путне трошкове и трошкове смештаја)? На сва ова, али и друга слична питања која се поставе у вези са могућностима чланова управе да лично искористе пословну прилику одговор би требало да пружи правна анализа дужности некоришћења корпоративних прилика.

2. Појмовно одређење дужности некоришћења корпоративних прилика

Дужност некоришћења пословних прилика забрањује лицима са посебним дужностима да лично искористе пословну прилику која припада привредном друштву према ком они имају дужност лојалности (дужност избегавања сукоба интереса), осим ако није испуњен неки од законом или судском праксом креираних изузетака.[1] Из наведене дефиниције произлази пет аспеката ове дужности.

Прво, дужност некоришћења пословних прилика је један од појавних облика дужности лојалности.[2] Познато је да је дужност лојалности неименована дужност у српском праву,[3] чија се садржина исцрпљује кроз четири конкретно дефинисане дужности. Као једна од

1 Victor Brudney, Robert Charles Clark, „A New Look at Corporate Opportunities“, *Harvard Law Review* 94(5)/1981, 998.

2 У неким државама постоје посебна правила о дужности некоришћења корпоративних прилика, док у другим државама оваква правила не постоје, па се право друштва да користи пословне прилике које му се укажу штити одговарајућим тумачењем дужности лојалности. Paul Andersen Krüger, Jan Bertil Andersson, *et al.*, *European Model Company Act (EMCA)*, 2017, *https://ssrn.com/abstract=2929348215* (29.5.2025), 215.

3 Јелена Д. Лепетић, *Компанијскоправни режим сукоба интереса*, докторска дисертација, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд 2014, 94.

те четири дужности наведена је и дужност избегавања сукоба интереса, која суштински треба да спречи да лични интерес лица су дужностима дође у сукоб са интересима друштва. У нашем праву не постоји општа забрана избегавања сукоба интереса, јер се ова дужност ограничава на тачно одређене законом прописане ситуације, при чему је дужност некоришћења корпоративних прилика једна од њих.

Друго, дужност некоришћења пословних прилика не терети свако лице унутар привредног друштва, већ тачно одређена лица. Из корпоративног односа *in concreto* лица са *in concreto* привредним друштвом произлази и ова дужност.

Треће, дужност некоришћења не односи се на све пословне прилике, већ само на оне пословне прилике за које се може рећи да припадају привредном друштву. Управо је и највећи проблем ове дужности разграничити пословне прилике које припадају привредном друштву и у односу на које постоји обавеза некоришћења, од пословних прилика које не припадају друштву, што значи да их лица са дужностима могу слободно користити. Упоредна пракса, махом англосаксонска, показује да су стандарди испитивања припадности пословне прилике друштву веома нејасно постављени и флуидни, због чега је и цела ова област обавијена велом правне несигурности.

Четврто, забрана коришћења пословних прилика није апсолутна, јер законодавства по правилу предвиђају изузетке од ове дужности. Међу изузецима посебан значај има одобрење друштва, којим се дозвољава коришћење одређене пословне прилике одређеном лицу. Пракса је изнедрила и неке друге изузетке, попут финансијске немогућности друштва да користи одређену пословну прилику, чија примена и оправданост нису беусловно прихваћени, због чега се о њима и даље воде живе дискусије. Коначно, не треба занемарити ни могућности да се општим актом друштва одређене пословне прилике или врсте пословних прилика изузму из опсега примене ове дужности.

Пето, дужност некоришћења пословних прилика се у законодавствима не уређује детаљно. Због тога у обликовању ове дужности велику улогу има судска пракса, која може својим ставовима да значајно прошири или сузи њен обухват.

Дужност некоришћења пословних прилика је настала у судској пракси англосаксонских држава, и то превасходно америчкој и британској. Американци су до данас задржали у потпуности прецендентни карактер ове дужности, док су се Британци накнадно одлучили за њено законско уобличење. Без обзира на чињеницу да су део исте

породице правних система, амерички и британски приступ дужности некоришћења пословних прилика представљају два супростављена модела уређивању ове дужности, о чему ће накнадно бити више речи.

Насупрот доктрини корпоративних прилика, деценијама развијаној у земљама *common law* традиције, у континенталној Европи је доминирала једна друга дужност у склопу дужности лојалности – дужност неконкурисања друштву. Но, и поред сличности између ове две дужности, па чак и делимичног преклапања, оне имају различит домен примене.[4] Наиме, дужност неконкурисања друштву не мора да се односи на конкретне правне послове и, по правилу, не подразумева постојање пословне прилике за друштво.[5] Управо због тога су многе европско-континенталне државе накнадно одлучиле да уведу дужност некоришћења пословних прилика, и то кроз судску праксу или законодавне измене.

Као пример правног трансплантирања ове дужности може се навести Немачка, која је доктрину корпоративних прилика почела да развија 60-их и 70-их година прошлог века, и то како кроз судску праксу, тако и преко научних радова који су указивали на значај развоја ове доктрине у Немачкој. Коначно, ова дужност је укључена у кодекс корпоративног управљања.[6]

Дужност некоришћења пословних прилика уведена је у српско право Законом о привредним друштвима из 2004. године.[7] Актуелни закон из 2011. године је уз одређене модификације задржао ову дужност.[8]

Садржински посматрано, дужност некоришћења пословних прилика је код нас уређена на следећи начин: прво је уведена забрана лицима са дужностима да у свом интересу или у интересу са њима

---

4 О односу ове две дужности више вид. Jodi L. Popofsky, „Corporate Opportunity and Corporate Competition: A Double-Barreled Theory of Fiduciary Liability“, *Hofstra Law Review* 10(4)/1982, 1193–1227.

5 Klaus J. Hopt, „Conflict of Interest, Secrecy and Insider Information of Directors – A Comparative Analysis“, ECGI – Law Working Paper No. 208, *https://ssrn.com/abstract=2178152* (20.5.2025), 8–9.

6 Више вид. Martin Gelter, Genevieve Helleringer, „Opportunity Makes a Thief: Corporate Opportunities as Legal Transplant and Convergence in Corporate Law“, *Berkeley Business Law Journal* 15(1)/2018, 128–134.

7 Закон о привредним друштвима, *Службени гласник РС*, бр. 125/2004, чл. 33.

8 Закон о привредним друштвима – ЗоПД 2011, *Службени гласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014, 5/2015, 44/2018, 95/2018, 91/2019, 109/2021 и 19/2025, чл. 69–71.

повезаних лица користе могућности за закључење послова које се укажу друштву, затим је речено да ова дужност постоји и независно од тога да ли је друштво било у могућности да закључи те послове, надаље је предвиђен изузетак према коме обвезници могу поступити супротно овој дужности ако су прибавили одобрење надлежног органа друштва, и коначно, прописане су две санкције због повреде ове дужности – накнада штете и пренос на друштво користи које су остварене као последица повреде. Иако регулатива постоји, утисак је да је она недовољна и да може проузроковати бројне недоумице. Овакав закључак је оправдан ако се има у виду да до сада није било судских спорова око повреде ове дужности. Поменута регулатива омогућава разноврсна тумачења, која могу ићи у прилог или бити противна интересима чланова управе. Због тога је веома важно да се судској пракси дају одговарајући путокази за лакше сналажење у овој правно веома комплексној области.

3. Два случаја – две концепције уређивања дужности некоришћења корпоративних прилика

3.1. Случај *Bhullar v. Bhullar*[9]

Два брата, Сохан Булар (*Sohan Bhullar*) и Моханд Булар (*Mohan Bhullar*), водила су радњу за продају намирница. Како је радња била све успешнија, они су одлучили да 1964. године оснују акционарско друштво. Браћа су била први акционари и директори друштва, а накнадно су директори постали и други чланови породице (два Соханова сина и један Моханов син). Акције су биле подељене између две породице (Соханова породица је имала 50% акција, док је других 50% било у власништву Моханове породице), док су пет места у управи делила два брата и њихова три сина (већину од 3:2 је имала Соханова породица). Друштво се, поред продаје намирница као основном делатношћу, бавило и куповином имовине у циљу инвестирања. Једну од непокретности у власништву друштва користила је оближња куглана у својству закупца као паркинг за своје посетиоце.

Крајем 90-их година прошлог века нарушили су се односи између две породице. Моханд и његов син су на седници одбора директора обавестили Сохана и његове синове да би породице требало да се пословно разиђу и да компанија не би требало више да купује нову

9 Bhullar v Bhullar [2003] EWCA Civ 424.

имовину ради инвестирања. Соханови су се у принципу сагласили са оваквим ставом. Убрзо након тога, два Соханова сина су уочила да је на продају дата непокретност која се ослања на издату непокретност друштва. Они су ту прилику искористили, те су непокретност купили преко другог привредног друштва, након чега је породица другог брата поднела тужбу.

Основно питање у овом случају је било у којој мери се нуђење оближње непокретности има сматрати корпоративном приликом и да ли су куповином непокретности два сина прекршила дужност лојалности према привредном друштву у коме су били директори. Основни аргумент тужених је био да су они за ту пословну прилику сазнали у личном својству, а не у својству директора.

Суд је заузео супротну позицију. Наиме, према становишту суда „тужени је имао једно својство и само једно својство у оквиру кога је могао да закључује правне послове у то време. То је било својство извршног директора тужиоца. Информација која је до њега дошла за време док је био извршни директор и која је била од значаја за тужиоца и било је релевантно да тужилац за њу зна, представљала је информацију у односу на коју је постојала обавеза да се пренесе тужиоцу, јер је између тужиоца и туженог постојао фидуцијарни однос...“. Оно што је за суд било релевантно је да је та информација могла бити вредна, тј. од значаја за друштво. Притом је ирелевантно да ли је друштво требало или могло да искористи ову пословну прилику да је знало за њу. Према томе, директор је дужан да о свакој пословној прилици за коју сазна, без обзира да ли је до те информације дошао у својству директора или у своје слободно време, информише друштво, под условом да је та прилика за друштво могла бити релевантна.

3.2. Случај *Guth v. Loft*[10]

Друштво Лофт (*Loft, Inc.*) се бавило производњом и продајом слаткиша, сирупа, пића и хране. Чарлс Гут (*Charles Guth*) је од 1930. године био председник одбора директора друштва и његова доминантна фигура. Гут је са члановима своје породице поседовао и друштво Грејс (*Grace Company Inc.*), које је било један од снабдевача Лофта газираним пићима. Лофт је годинама сарађивао са Кока-колом,

10 Guth v. Loft, 5 A.2d 503 (Del. 1939). За детаљан приказ овог случаја више вид. Jennifer Ying, *Guth v. Loft: The Story of Pepsi-Cola and the Corporate Opportunity Doctrine*, доступно на: *https://ssrn.com/abstract=1414478* (12.5.2025).

тако што су од исте куповали сируп, од кога су правили кока-колу и подавали је у својим радњама. Гут је 1931. године одлучио да прекине сарадњу са Кока-колом, јер је она одбила да друштву Лофт дâ попуст на сируп који је уобичајено давала другим већим купцима. У то време је отворен стечајни поступак над друштвом Пепси, а тајна формула и жиг овог друштва били су на продају. Да је Гут у име друштва Лофт купио акције друштва Пепси, то би смањило потребу за куповином сирупа од Кока-коле и последично би се увећала добит друштва. Контролни акционар друштва Пепси, господин Мегергел (*Megargel*), упознао се са Гутом и они су се договорили да у Делаверу оснују ново друштво Пепси-кола (*Pepsi-Cola Co.*), које ће имати 300.000 акција, од којих ће 100.000 акција припасти Мегергелу, 100.000 акција друштву Грејс, а преосталих 100.000 акција ће бити сопствене акције. Након неколико година, Мерегел је напустио друштво Пепси-кола, а Гут и његова компанија Грејс су поседовали близу 200.000 акција овог друштва. Наредних година је друштво Пепси доживело невероватан пословни успех, а до 1936. године нето добит је износила преко два милиона долара. У исто време, друштво Лофт рапидно пропада, а разлог је био тај што је Гут био доминантно посвећен развоју друштва Пепси. Након што је смањио плате запосленима друштва Лофт, незадовољство радника је кулминирало организовањем штрајка, чија мета је био Гут. Коначно, Гут је 1935. године дао отказ на место председника и директора друштва Лофт. У том тренутку он је поседовао око 91% акција друштва Пепси у коме је наставио да ради са пуним радним временом. Друштво Лофт је тужило Гута, јер је искористио пословну прилику која је припадала тужиоцу. Гут је без знања и сагласности осталих директора друштва Лофт овладао друштвом Пепси. Суд Делавера је на крају поступка обавезао Гута и друштво Грејс да пренесу на друштво Лофт све акције које су поседовали у друштву Пепси.

У овом случају се као основно питање поставило да ли је пословна прилика у виду могућности стицања акција друштва Пепси припадала друштву Лофт или је директор овог друштва Гут могао самостално или преко неког другог свог друштва да је искористи. Суд је заузео следећи став: „ако се директору друштва укаже пословна прилика коју друштво финансијски може да искористи, која је по својој природи у домену пословања друштва и представља практичну предност за њу, ако је то прилика за коју друштво има интерес или разумно очекивање, и ако би прихватањем те прилике лични интерес директора дошао у сукоб са интересом друштва, закон му неће дозволити да ту прилику

присвоји за себе“. Оно по чему ће овај случај остати познат све до данас је то што је суд као посебно релевантан критеријум за утврђивање припадности пословне прилике привредном друштву развио тзв. тест предмета пословања, јер прилика треба да буде у оквиру предмета пословања друштва да би се могло рећи да припада друштву. Такође, суд је велики значај придао и критеријумима финансијске способности друштва да искористи пословну прилику, да ли су ресурси друштва коришћени за лично остваривање пословне прилике, као и на који начин је треће лице приступило директору.

3.3. Две супротстављене концепције

Приказана два случаја показују два потпуно различита приступа тематици пословних прилика. Један је познат под називом британски „статусни“ модел, док се други најчешће назива амерички „својински“ модел.

3.3.1. Британски „статусни“ модел

Основа британског модела је настала у судској пракси XVIII и XIX века. Тада су инаугурисана и учестало примењивана два позната принципа – принцип „без конфликта“ и принцип „без профита“, који и данас представљају окосницу дужности некоришћења пословних прилика у Великој Британији. Принцип „без конфликта“ (енгл. *no-conflict principle*) везује се за случај *Aberdeen Railway v Blaikie Bros* из давне 1854. године,[11] у коме је суд заузео став да се од директора очекује да избегава да себе ставља у позицију у којој би његови лични интереси или дужности које има према трећим лицима били у сукобу са дужностима које има према привредном друштву. Принцип „без профита“ (енгл. *no-profit principle*) уведен је 1967. године случајем *Regal (Hastings) Ltd. v. Gulliver*,[12] у коме је наглашено да директор не може да стиче профит из имовине која је стечена као последица његовог односа са друштвом.[13] Однос између ова два принципа није у довољној мери јасан, а домени примене се делимично и преклапају.

11 Aberdeen Railway v Blaikie Bros (1854) 1 Macq. 461.

12 Regal (Hastings) v Gulliver [1967] 2 AC 134 (HL).

13 „(i) то што су директори урадили било је толико повезано са пословањем компаније да се с правом може рећи да је учињено у току њиховог управљања и коришћењем прилика и посебних знања које су имали као директори; и (ii) то што су урадили је за последицу имало профит за њих.“

Случајеви новијег датума, попут анализираног *Bhullar v. Bhullar*, углавном се заснивају на примени принципа „без конфликта“.[14]

Компанијски закон Велике Британије из 2006. године кодификовао је принцип „без конфликта“ у члану 175, који носи назив „дужност избегавања сукоба интереса“. У првом ставу је наглашено да је „директор дужан да избегава ситуације у којима има, или може имати, директан или индиректан интерес који је у сукобу или може бити у сукобу са интересима компаније“. Након тога, у другом ставу је прецизирано да се дужност избегавања сукоба интереса нарочито примењује на коришћење прилика, при чему је без значаја да ли је друштво могло да искористи прилику. На овај начин се за сваку пословну прилику сматра да припада привредном друштву.[15] Интересантно је указати и на податак да је група стручњака, која је поставила основе за овај закон, инсистирала на томе да се промени пракса која је до тада важила, и то тако што ће се применити америчка доктрина пословних прилика. Међутим, у финалној верзији закона то схватање није прихваћено, већ је задржано традиционално решење.[16]

У теорији преовлађује став да је британски приступ архаичан, ригидан и економски неоправдан. Директорима се забрањује да користе пословне прилике, чак и ако се тиме не наноси било каква штета привредном друштву. Судови одбијају да узму у обзир специфичне карактеристике пословне прилике, као и да ли су директори поступали у доброј вери. Домен примене забране је изразито широк, а испољава се у следећем: прво, пословна прилика припада друштву чак и ако се директору укаже у приватном животу; друго, финансијска немогућност друштва да искористи пословну прилику није оправдање за коришћење прилике од стране директора; и треће, забрана се односи и на директоре који су напустили друштво.[17] Британска концепција се заснива на идеји да је основна сврха дужности лојалности заштита економских интереса привредног друштва, а свака пословна прилика

14 За детаљан приказ британске концепције више вид. Paul L. Davies, *Gower and Davies Principles of Modern Company Law*, 8th ed., Sweet & Maxwell, London 2008, 559–570.

15 Yifat Naftali Ben Zion, „Cleaning Up the Corporate Opportunity Doctrine Mess: A First Principles Approach“, *Washington Lee Law Review* 80/2023, 1637.

16 M. Gelter, G. Helleringer, 122–123.

17 Genevieve Helleringer, Marco Corradi, „Self-Dealing, Corporate Opportunities and the Duty of Loyalty – A US, UK and EU Comparative Perspective“, European Corporate Governance Institute – Law Working Paper No. 582/2021, доступно на: *https://ssrn.com/abstract=3825745* (13.5.2025), 22–23.

која „потенцијално може припадати друштву треба да се третира као „имовина“ друштва“.[18]

Британски модел је остварио велики утицај на земље Комонвелта. Међутим, временом су неке од њих одлучиле да ублаже примену строге британске концепције. Тако је Врховни суд Канаде у случају *Peso*[19] заузео став да је за одлуку о томе да ли је прекршена дужност лојалности потребно узети у обзир и понашање директора, као и разлоге због којих су они искористили пословну прилику. Другим речима, директори неће бити одговорни ако су разлози били оправдани, а друштво нема интерес за искоришћавањем пословне прилике. У теорији се канадски приступ дужности некоришћења пословних прилика третира као средње решење.[20]

3.3.2. Амерички „имовински“ модел

Амерички приступ се деценијама развијао кроз судску праксу и до данас није кодификован. Доктрина пословних прилика је препознатљиве контуре добила у првој половини XX века и од тада се није значајно мењала.[21] Основа ове доктрине је постављена у већ анализираном случају *Guth v. Loft*, а касније је надограђивана у пракси судова Делавера.

Почетно питање које судови постављају је да ли пословна прилика припада привредном друштву. Управо се због тога овај модел и назива „имовинским“, јер ако прилика припада друштву директор је не може лично користити. Судови Делавера су развили бројне тестове за утврђивање припадности прилике друштву, а све њих је заокружио Врховни суд Делавера у случају *Broz v. Cellular Information Systems*, где је наведено да директор не може да користи прилику ако су испуњени следећи услови: 1) друштво је у финансијској могућности да је искористи; 2) прилика је у оквиру предмета пословања друштва; 3) друштво у вези са том приликом има интерес или очекивање и 4) присвајањем прилике директор би се довео у положај који је неспојив са његовим обавезама према друштву.[22] Директору је дозвољено да искористи пословну прилику која припада друштву једино ако информише

18 Y. N. B. Zion, 1668.

19 Peso Silver Mines Ltd. v. Cropper, [1966] S.C.R. 673 (Can.)

20 Више вид. Y. N. B. Zion, 1643–1653.

21 M. Gelter, G. Helleringer, 111.

22 Broz v. Cellular Information Systems, Inc.. Delaware Supreme Court 673 A.2d 148 (1996), 155.

друштво о пословној прилици, након чега надлежни орган друштва доноси одлуку да прилику неће користити.

Занимљив развој доктрине пословних прилика у Делаверу десио се 2000. године, када је изменама компанијског закона уведена могућност да се друштва својим оснивачким актом или одлуком одбора директора одрекну права да користе одређену пословну прилику или одређену врсту пословних прилика.[23] На овај начин је право Делавера одступило од својих традиционалних решења, према којима се регулатива дужности лојалности увек наводила као пример когентних правила компанијског права.[24] До тада је одрицање од пословне прилике могло да се изврши само *ex post*, тј. након што се конкретна пословна прилика укаже, а друштво одбије да је искористи. Ова законодавна промена уводи опцију *ex ante* одбијања коришћења пословних прилика.[25] Измене компанијског права Делавера су пратиле и многе друге америчке државе. Приказану законску опцију у наредном периоду су искористила и бројна јавна акционарска друштва.[26]

Амерички приступ пословним приликама се у теорији позитивно оцењује, а као његова основна предност истиче се флексибилност. Припадност прилике друштву утврђује се сагледавањем свих релевантних околности конкретног случаја, што у ефектима омогућава да се дође до правичних резултата. Ако се за британски приступ може рећи да превасходно штити привредно друштво и његове чланове,[27] америчко решење омогућава ефикасну алокацију ресурса,[28] балансирајући између интереса друштва, чланова управе и општедруштвених интереса. Британци однос између друштва и директора посматрају као вертикалу, где је директор у обавези да ради у интересу принципала,

23 Delaware General Corporation Law, § 122(17). У прилог оваквом решењу вид. Jack B. Jacobs, „Introduction: Professor Richard Epstein“, *Delaware Journal of Corporate Law* 21(1)/1996, 1–26.

24 Lucian Arye Bebchuk, Assaf Hamdani, „Optimal Defaults for Corporate Law Evolution“, *Northwestern University Law Review* 96/2002, 496.

25 Gabriel Rauterberg, Eric Talley, „Contracting out of the Fiduciary Duty of Loyalty: An Empirical Analysis of Corporate Opportunity Waivers'“, *Columbia Law Review* 117(5)/2017, 1089.

26 G. Rauterberg, E. Talley, 1147.

27 Борко Михајловић, *Дужност лојалности према привредном друштву*, докторска дисертација, Крагујевац 2018, 168.

28 Carsten Gerner-Beuerle, Michael Schillig, *Comparative Company Law*, Oxford University Press, Oxford 2019, 591.

док Американци овај однос више виде као хоризонталан, такорећи уговорни, где се у обзир узимају интереси обе стране.[29]

4. Циљеви правног уређења коришћења пословних прилика

Регулатива дужности некоришћења пословних прилика треба да води рачуна о заштити различитих интереса, међу којима се издвајају интерес привредног друштва, индивидуални интереси и општедруштвени интереси.[30]

Интерес привредног друштва. – Интерес привредног друштва је примарни интерес који се штити уређењем коришћења пословних прилика. Ако се пође од тезе да пословна прилика припада друштву, онда је логично и праведно да друштво има право пречег разматрања те прилике. Када се говори о томе да пословна прилика припада друштву, припадност се не посматра у стварноправном смислу те речи, јер привредно друштво нема никаква својинска права у односу на пословну прилику која му се указала. Уосталом, лицима ван друштва није забрањено да искористе сваку пословну прилику, па чак и ону која се укаже одређеном привредном друштву. Међутим, то исто се не може рећи и за инсајдере, тј. лица унутар друштва која имају дужност да поступају у најбољем интересу друштва. Сматра се да члан управе који искористи такву пословну прилику присваја нешто што је туђе. Блиска веза између тих лица и друштва, а посебно делокруг послова које они за друштво обављају, налажу да у сукобу између интереса друштва да искористи пословну прилику и интереса лица са дужностима (директора) да лично искористи прилику, приоритет увек треба дати интересима друштва. На овај начин се остварују два циља: са једне стране се штити однос поверења који постоји између друштва и његових чланова управе и других лица са дужностима, док се са друге стране омогућава друштву да надокнади изгубљену добит у случају непоштовања дужности.

Индивидуални интереси. – Правно уређење ове дужности треба да заштити и интересе лица са дужностима. Наиме, ма колико стриктна била забрана коришћења пословних прилика које припадају друштву, увек постоји простор за лица са дужностима да ипак искори-

29 Y. N. B. Zion, 1683.

30 Више вид. Pat K. Chew, „Competing Interests in the Corporate Opportunity Doctrine“, *North Carolina Law Review* 67(2)/1989, 440–455.

сте пословну прилику у личне сврхе. Заправо, овде је реч о изузецима од ове дужности, који треба да омогуће инсајдерима да искористе пословну прилику у ситуацијама када је то оправдано и сврсисходно, а то ће бити превасходно онда када друштво не може или не жели да искористи пословну прилику. О заштити индивидуалних интереса лица са дужностима посебно треба водити рачуна у законодавствима, попут српског, у којима је широк круг лица које терети дужност некоришћења пословних прилика. Такође, треба имати у виду да је данас значајно повећан број могућих ситуација у којима се може применити доктрина пословних прилика, а разлоге треба тражити у широко постављеном предмету пословања великог броја привредних друштава, специјализацији и едукацији чланова управе, развоју телекомуникација и социјалних мрежа, итд.[31] Нарочита потреба за заштитом интереса чланова управе постоји у ситуацијама када су они за пословну прилику сазнали у приватном својству, у ком случају се не може говорити о томе да пословна прилика припада друштву, а присвајање прилике од стране друштва би нарушило легитимна права лица са дужностима.[32] Коначно, не треба занемарити ни интересе трећих лица, која можда ни не желе да ступају у пословне односе са друштвом, а рестриктивна политика некоришћења пословних прилика би им отежала евентуално закључивање уговора са лицима са дужностима.[33]

Општедруштвени интереси. – Правно уређење коришћења пословних прилика може да утиче и на остваривање општедруштвених циљева. Овде се превасходно мисли на однос који постоји између доктрине корпоративних прилика и развоја предузетништва. Сматра се да би либералнија правила у вези са забраном коришћења пословних прилика поспешивала предузетништво. Наиме, чињеница је да су директори привредних друштава, због свог очигледног искуства, знања и ранијих пословних успеха, бољи избор за коришћење корпоративних прилика од насумично изабраних трећих лица. Потпуна забрана директорима да користе пословне прилике онемогућила би остварење једног значајног броја пословних шанси.[34]

31 P. K. Chew, 449–450.

32 Б. Михајловић, 167.

33 Б. Михајловић, 167.

34 P. K. Chew, 452–453.

5. Однос између привредног друштва и пословне прилике

Испитивањем односа између привредног друштва и пословне прилике утврђује се да ли пословна прилика припада друштву. О повреди дужности некоришћења пословних прилика може бити речи само онда када је пословна прилика корпоративна прилика, тј. када припада друштву. Према томе, за потребе овог рада потребно је разграничити појмове пословне прилике и корпоративне прилике, тако да се корпоративном приликом сматра свака пословна прилика која припада конкретном привредном друштву.[35] Међутим, када треба сматрати да прилика припада друштву, предмет је бројних спорења. У наставку ће бити приказани неки тестови који су развијени у упоредној судској пракси, нарочито америчкој, чији је циљ био да се дају одређени путокази и јасније смернице који би олакшали утврђивање припадности пословне прилике одређеном привредном друштву.

5.1. Тест интереса или очекивања

Најстарији критеријум за утврђивање припадности пословне прилике друштву је тест интереса или очекивања (енгл. *interest or expectancy test*). Према њему, друштву припадају само оне пословне прилике у којима оно има комерцијални интерес или очекивање. Иако се овај тест надовезује на појам имовине друштва, пословне прилике у правном смислу не представљају имовину друштва. С друге стране, интерес или очекивање мора бити одређеније и конкретније од жеље или наде друштва.[36] Изворно се овај стандард тумачио веома уско.[37] Појам интереса се везивао за права која друштво има, попут права из правно обавезујућих уговора са трећим лицима, док се појам интереса односио на сва очекивања друштва из постојећих права, попут права на продужење уговора о закупу.[38] Посебан значај у пракси имали су уговори привредног друштва, који се периодично (поново) закључују или обнављају, код којих то право не постоји за друштво, али се може разумно очекивати.[39] Међутим, накнадно се одустало од овако уског

35 James C. Slaughter, „The Corporate Opportunity Doctrine“, *SMU Law Review* 18(1)/1964, 96.

36 V. Brudney, R. C. Clark, 1013–1014.

37 *Lagarde v. Anniston Lime & Stone Co.*, 126 Ala. 496, 28 So. 199 (1900).

38 „Corporate Opportunity“, *Harvard Law Review* 74(4)/1961, 765.

39 Eric Talley, „Turning Servile Opportunities to Gold: A Strategic Analysis of the Corporate Opportunities Doctrine“, *Yale Law Journal* 108(2)/1998, 292.

схватања појмова интереса и очекивања друштва, па су они почели да обухватају и ситуације када друштво активно тражи одређену пословну прилику, или има изражену пословну потребу за одређеном приликом, или се пословна прилика указала захваљујући трошковима које је сносило друштво, или је директор преговарао са трећим лицем у име друштва и сл.[40]

У основи се може рећи да је тест интереса или очекивања испуњен онда када директор искористи пословну прилику за коју се према редовном току ствари могло очекивати да ће припасти друштву.[41] Примена овог стандарда у судској пракси се показала недоследном, са очигледним могућностима сужавања и ширења домена његове примене.

5.2. Тест предмета пословања

Један од најпознатијих и најчешће коришћених тестова за утврђивање припадности пословне прилике друштву је тест предмета пословања (енгл. *line of business*). Најједноставније речено, одређена пословна прилика припада друштву онда када се налази у оквирима предмета његовог пословања. Примена овог теста везује се за већ анализирани случај *Guth v. Loft*, у коме је суд Делавера заузео следећи став: „Уколико се друштво бави одређеном делатношћу, те му се укаже пословна прилика која обухвата активност за коју поседује суштинска знања, практично искуство и капацитет да је реализује, а која је, са становишта његове природе пословања, финансијских могућности и легитимних потреба и тежњама за експанзијом, логично и природно прилагодљива тој делатности, може се сматрати да се наведена прилика налази у оквиру предмета пословања друштва“.[42]

На први поглед, аргумент према коме пословна прилика припада друштву само ако се може повезати са делатностима које друштво обавља је логичан. Он се правда принципима економске ефикасности, јер ће друштву бити исплативије да се шири ка повезаним делатностима, те ће те пословне прилике за друштво имати већу вредност.[43] На овај начин се сужава појам пословне прилике и прилагођава конкретним

40 David J. Brown, „When Opportunity Knocks: An Analysis of the Brudney & (and) Clark and ALI Principles of Corporate Governance Proposals for Deciding Corporate Opportunity Claims“, *Journal of Corporation Law* 11(2)/1986, 262.

41 Stephen M. Bainbridge, *Corporation Law and Economics*, Foundation Press, New York 2002, 324.

42 5 A.2d 503 (Del. 1939), 514.

43 D. J. Brown, 258.

делатностима привредног друштва. Међутим, практичан проблем је утврдити шта се сматра под предметом пословања једног привредног друштва. Уосталом, на неке концепцијске проблеме указао је и сам случај *Guth v. Loft*. Друштво *Loft* се бавило малопродајом слаткиша, што је укључивало и газирана пића. Као спорно се поставило питање, у којој мери се може сматрати да је производња сирупа гарзираног пића Пепси у оквиру предмета пословања друштва које се бави малопродајом. У ужем смислу би предмет пословања друштва *Loft* обухватао само оне делатности које друштво активно обавља, а то значи малопродају слаткиша. Тако посматрано, производња сирупа, њихово паковање и продаја другим велетровцима и малотрговцима не би се могла уклопити у активности друштва *Loft*. Но, ако би се активности друштва посматрале шире, тако да обухватају и производњу и продају слаткиша, онда би се производња сирупа и његова дистрибуција могли уклопити у те делатности.[44]

Бројни су проблеми са којима се суочава примена теста предмета пословања. Прво, привредна друштва су у обавези да региструју само претежну делатност. Остале делатности које друштво намерава да обавља не подлежу регистрацији. Штавише, оне не морају да буду ни део оснивачког акта ни статута, јер је основно правило да свако привредно друштво може да обавља све делатности које нису законом забрањене. Везивањем пословних прилика само за делатности које друштво обавља би суштински било у сукобу са прихваћеном логиком опште правне способности привредних друштава.

Друго, постоје практичне тешкоће у вези са утврђивањем предмета пословања привредних друштава.[45] Ово је посебно тачно за велика друштва (нарочито јавна аакционарска друштва), која обављају разноврсне, а често и међусобно потпуно неповезане делатности. Набрајање свих делатности које таква друштва обављају може бити тежак задатак. Додатни проблем је у томе што чак и када са сигурношћу знамо које делатности друштво тренутно обавља, питање је да ли тај круг треба проширити и делатностима које је друштво обављало раније, а ако је одговор позитиван, да ли то обухвата све делатности које је друштво раније обављало или само у одређеном претходном периоду.

Треће, јасно је да чврсто везивање само за делатности које друштво обавља није одрживо. Због тога је и у самој одлуци донетој у случају *Guth v. Loft* наведено да пословна прилика може бити везана

44 Franklin A. Gevurtz, *Corporation law*, West Group, St. Paul, Minn, 2000, 363–364.

45 Б. Михајловић, 161.

и за друге делатности, али за које друштво „поседује суштинска знања, практично искуство и капацитет да их реализује“. Иако је овакво размишљање смислено, оно уноси додатне нивое неодређености у анализу припадности пословне прилике друштву. Одговорити на питање за које све делатности друштво поседује знања, искуство и капацитете, поред оних које већ обавља, биће тежак задатак. Од суда се захтева да утврђује оријентациону економску ефикасност пословних прилика.[46]

Четврто, привредна друштва се стално прилагођавају променама преференци корисника на тржишту, тако да веома често мењају делатности које обављају или додају нове делатности на оне које већ обављају. Везивање пословних прилика само за актуелне делатности не одговара сталној тежњи друштава да се развијају, а тиме и мењају свој предмет пословања.[47] Свако привредно друштво је потенцијално увек заинтересовано за сваку пословну прилику за коју оцени да може бити профитабилна. Економској реалности не одговара премиса према којој се за сврхе одређивања пословне прилике „закључавају“ делатности друштва, тако да обухватају само оне које се актуелно обављају.[48] Због чега бисмо претпоставили да друштво чије су делатности везане за електронику, не може да прихвати пословну прилику да обавља делатност производње воћних сокова. У крајњој линији, друштво које не жели да промени своје делатности има опцију да оснује ново друштво чији ће предмет пословања бити усмерен на искоришћавање указане пословне прилике.[49] На који начин усагласити тест предмета пословања са природном потребом друштва за експанзијом и развојем? У самој одлуци *Guth v. Loft* указано је да у анализу припадности пословне прилике треба укључити и потребу друштва за експанзијом, као и адаптабилност новим делатностима. Према томе, поред делатности које обавља, предмет пословања друштва треба да обухвати и друге блиске области привреде, које представљају логичан правац развоја друштва.[50] Укључивањем у анализу ових додатних фактора, линија

46 E. Talley, 290.

47 D. J. Brown, 258.

48 V. Brudney, R. C. Clark, 1026.

49 Ј. Д. Лепетић, 246.

50 Према Принципима корпоративног управљања Америчког правног института (*American Law Institute's Principles of Corporate Governance*) пословна прилика обухвата и све оне пословне подухвате за које директори знају да су повезани са садашњим или очекиваним пословањем друштва (§ 5.05(b)(2)).

раздвајања пословних прилика које припадају друштву и оних које не припадају друштву постаје нејасна.[51]

5.3. Тест правичности

Тест правичности је следећи тест развијен у судској пракси и везује се за случај *Durfee v. Durfee & Canning, Inc.*[52] Према овом приступу, сматра се да прилика припада друштву ако њено коришћење од стране лица са дужностима, имајући у виду све околности конкретног случаја, не би испунило етичке стандарде правичности. Другим речима, неправично би било према друштву да директор искористи прилику у ситуацији када треба да заштити интересе друштва.[53] „Позивање у помоћ" стандарда правичности заправо значи ширење релевантних околности за утврђивање шта се сматра пословном приликом која припада привредном друштву. Тако се применом теста правичности могу узимати у обзир бројни релевантни фактори, попут тога како је директор сазнао за пословну прилику, какав је значај те прилике за друштво, да ли је проналажење те прилике било у склопу надлежности тог лица, да ли је друштво трагало за таквом приликом, да ли је имовина друштва коришћена за тражење те прилике, и сл.[54] Да ли је правично да прилика припада друштву је фактичко питање, које се мора утврдити на основу објективних чињеница.[55]

Тест правичности нема одређен садржај који би судској пракси дао путоказе за решавање питања припадности пословне прилике. Уместо давања смерница, овај тест оставља судијама неограничену дискрецију.[56] Због своје аморфне природе, тест правичности је неодређен, ствара правну несигурност, а последице његове примене су непредвидиве.[57] Иначе, треба нагласити да се правичност посматра

51 „Corporate Opportunity", *Harvard Law Review* 74(4)/1961, 769.

52 80 N.E.2d 522 (1948).

53 „Према доктрини корпоративних прилика, лицима која раде за друштво је забрањено да преусмере ка себи прилике за које правичност налаже да треба да припадну друштву." Maryland Metals, Inc. v. Metzner, 382 A.2d 564 (1978).

54 F. A. Gevurtz, 366.

55 Eric G. Orlinsky, „Corporate Opportunity Doctrine and Interested Director Transactions: A Framework for Analysis in an Attempt to Restore Predictability", *Delaware Journal of Corporate Law* 24(2)/1999, 460–461.

56 V. Brudney, R. C. Clark, 1020.

57 D. J. Brown, 259.

само из угла привредног друштва, док се занемарује тематика правичности за друштво у целини или лице са дужностима.[58]

5.4. Утврђивање припадности пословне прилике у два корака

Као алтернативу тестовима које су развили судови Делавера, Врховни суд Масачусетса је у случају *Miller v. Miller* прихватио тзв. тест у два корака (енгл. *The Miller two step test*).[59] Суд се одлучио да комбинује два претходно развијена теста: тест предмета пословања и тест правичности.[60] У првом кораку се утврђује да ли пословна прилика припада привредном друштву, тј. да ли је реч о корпоративној прилици. У овој фази суд примењује тест предмета пословања, и то узимајући у обзир све околности случаја. На тужиоцу је терет доказа у оквиру првог корака. Ако се покаже да пословна прилика није у оквиру предмета пословања, стаје се са анализом, јер нема повреде дужности, а самим тим ни одговорности. У супротном се прелази на други корак, у оквиру ког лице са дужностима треба да докаже да није прекршило дужности поступања у доброј вери, лојалности и фер пословања према друштву. У овој фази се терет доказа преваљује на туженог, а суштински он треба да докаже да је коришћење прилике од стране лица са дужностима било правично за друштво.

Основна специфичност овог теста је у томе што се не уводи необорива претпоставка да је лице са дужностима прекршило дужност лојалности тиме што је користило пословну прилику која припада привредном друштву. Управо се у другом кораку омогућава лицу са дужностима да доказује да је искоришћавање прилике која припада друштву било оправдано и правично.[61]

Тест инаугурисан *Miller* случајем невешто покушава да искомбинује два од раније коришћена теста. У теорији се сматра да се тиме „додаје још један слој конфузије у већ нејасно правно подручје, без икаквог значајног доприноса анализи“,[62] као и „нагомилава неизвесност и нејасноће теста правичности поврх слабости теста

58 P. K. Chew, 462.

59 301 Minn. 207, 222 N.W.2d 71 (1974).

60 Више вид. S. M. Bainbridge (2002), 328–331; P. K. Chew, 462–465; D. J. Brown, 259–261.

61 P. K. Chew, 463.

62 V. Brudney, R. C. Clark, 999.

предмета пословања“.[63] Мноштво фактора који се утврђују у првом, а касније и у другом кораку су збуњујући, јер није довољно јасно због чега се неки фактор третира релевантним за питање правичности, а не и за питање припадности пословне прилике предмету пословања друштва. Коначно, не треба изгубити из вида ни чињеницу да овај тест омогућава лицима која су узурпирала корпоративну прилику још једну линију одбране.[64] Професор Беинбриџ је проблематику лепо апострофирао речима да када лопов украде неку ствар, ми не постављамо питање да ли је он поступао правично.[65]

5.5. Тест неопходности

Тест неопходности (тест есенцијалности, енгл. *essential test*) указује на значај пословне прилике за привредно друштво. Овде није реч о томе да ли друштво полаже право на одређену пословну прилику или да ли је она у оквиру предмета пословања друштва, већ се акценат ставља на значај који одређена пословна прилика може имати за друштво. Према најужем значењу, пословна прилика би била неопходна за једно привредно друштво ако од ње зависи опстанак друштва или би без ње друштво претрпело велике финансијске губитке. Такође, пословна прилика је неопходна и онда када је друштво у претходном периоду тражило такву или сличну прилику. Коначно, услов неопходности би могла да испуни и она пословна прилика чије би коришћење могло бити изузетно профитабилно за друштво. Премда пракса има велику слободу приликом тумачења овог теста, суштински њега треба уско сагледавати, те сматрати да само узак круг пословних прилика испуњава овај услов.

Због чега се у упоредној пракси развио овај тест? Чињеница да је прилика сама за себе од великог значаја за друштво не може да доведе до закључка да више припада друштву од пословне прилике која је мањег значаја. Пословна прилика или припада друштву или му не припада. Међутим, чињеница је да када лице са дужностима користи прилику за коју зна да је круцијелна за друштво, тешко је говорити о томе да то лице свесно поступа у најбољем интересу друштва. Због тога ова околност може бити одлучујући фактор у неким специфичним ситуацијама, попут оне када директор за информацију сазна у

63 E. Talley, 295.

64 D. J. Brown, 260.

65 S. M. Bainbridge (2002), 330.

приватном својству, а у исто време је свестан колико је она битна и за друштво чије послове води и интересе штити.[66]

5.6. Употреба средстава привредног друштва

Као један од релевантних критеријума за утврђивање припадности пословне прилике друштву узима се и употреба имовине друштва. У америчкој судској пракси је било пуно случајева где су директори лично искористили пословну прилику, али тако да је привредно друштво следећих година финансирало развој тог пословног подухвата (на пример, коришћењем материјалних и кадровских капацитета, као и финансијских средстава).[67] Ти случајеви представљају флагрантна кршења дужности лојалности, а готово извесно и дужности пажње, па и не чуди да би само та чињеница најчешће била довољна да се закључи да пословна прилика припада друштву, без потребе за испуњењем других услова.[68]

Поред приказаних очигледних злоупотреба коришћења имовине привредног друштва у личне сврхе, у пракси су честе и бројне друге ситуације у којима није тако експлицитна веза између коришћења имовине друштва зарад личног искоришћавања пословне прилике. Као најблажи примери се могу навести коришћење корпоративног телефона, штампача, компјутера, секретарице, возача и сл. у циљу личног закључивања уговора са трећим лицем. Према томе, ресурси друштва се овде користе у личне сврхе. Саме по себи ове околности не би биле довољне, али у комбинацији са другим околностима оне могу имати велики значај за утврђивање одговорности лица са дужностима.

Посебан проблем ће представљати оне ситуације када је друштво финансирало одлазак директора на неку конференцију или семинар, или му плаћа високе трошкове учешћа у одређеним привиле-

66 David Clayton Carrad, „The Corporate Opportunity Doctrine in Delaware: A Guide to Corporate Planning and Anticipatory Defensive Measures“, *Delaware Journal of Corporate Law* 2(1)/1977, 13.

67 У случају *Guth v. Loft*, Гут је финансирао друштво Пепси преко друштва Лофт, које је индиректно убризгало око 100.000 америчких долара у периоду од три године након куповине. Такође, екстензивно су коришћене фабрике, материјали, кредити, извршни директори, запослени и хемичари друштва Лофт, а ово друштво је платило и око 20.000 америчких долара на име маркетиншких трошкова друштва Пепси. Нав. према: D. C. Carrad, 14.

68 Више вид. D. C. Carrad, 14.

гованим клубовима унутар којих се идејно осмишљавају и склапају пословне трансакције. Да ли би у овом случају директор могао да истиче аргумент да је пословну прилику добио у личном својству? Противаргумент друштва би био да је директор тамо послат како би проналазио пословне прилике за друштво, као и да је улагањем друштво стекло легитимна очекивања да све пословне прилике на које директор тамо наиђе основано припадају привредном друштву. Овде се трошкови друштва посматрају као својеврсна инвестиција.

5.7. Српско решење

Српско право не садржи никакве смернице које би помогле пракси у тражењу одговора на питање које пословне прилике треба сматрати корпоративним приликама. Једино што законодавац прописује је да пословна прилика треба да се укаже привредном друштву. При оваквом решењу, пракса може да тумачи појам корпоративних прилика на различите начине, а у основи су могућа два приступа. Први приступ би био да се свака пословна прилика третира као корпоративна прилика, што значи да би домен примене дужности некоришћења пословних прилика био најшире постављен (британски приступ). Судска пракса би могла да крене и другим путем, а то би значило да прилику која се указала друштву третира уже, примењујући неки или неке од претходно наведених тестова (амерички приступ). Имајући у виду да наша судска пракса нема никаквог искуства са применом доктрине корпоративних прилика, остављање овако значајног питања отвореним се може оценити као велики пропуст законодавца.[69]

6. Однос између лица са дужностима и пословне прилике

За утврђивање постојања дужности некоришћења пословне прилике релевантно је испитати и однос између пословне прилике и лица са дужностима. У оквиру овог односа се утврђује на који начин је лице са дужностима сазнало за пословну прилику. У пракси је уобичајено да се тужени директори бране следећим аргументом: пословна прилика им је понуђена у њиховом личном својству, а не у својству директора. Како пословна прилика која им је лично понуђена не припада друштву, закључује се да директор може исту

69 Б. Михајловић, 170.

да искористи.[70] Анализа начина на који је пословна прилика дошла до директора, тј. како је за њу сазнао, треба да помогне у давању одговора на питање да ли прилика припада друштву. У том погледу су могуће бројне варијације, са различитим правним учинком.[71]

Прва могућност је да је лице са дужностима сазнало за пословну прилику у оквиру вршења пословних активности које спадају у надлежност тог лица. Примера ради, директор за набавке је наишао на изузетно повољну цену материјала које друштво користи у поступку производње, те уместо да их набави за друштво, лично их је купио, како би их накнадно продао по знатно вишој цени и зарадио на разлици. У оваквим и сличним ситуацијама неће бити спорно да пословна прилика испуњава и готово све стандарде о којима је било речи у претходној глави (на пример, тест предмета пословања, тест правичности или тест интереса или очекивања), а чињеница да је директор искористио пословну прилику за себе, иако је ангажован од стране друштва да их прибавља за друштво, представља напобитан доказ да је прекршио дужност лојалности према друштву. Према Принципима корпоративног управљања Америчког правног института, пословна прилика ће се сматрати корпоративном приликом под условом да је директор свестан да је она у вези са вршењем његових директорских функција (sec. 5.05(b)(1)(A)).

Нешто слабија, али и даље прилично снажна веза између пословне прилике и друштва, постоји онда када треће лице приступа преговорима са директором друштва око закључења одређеног уговора, очекујући да ће уговор бити закључен са друштвом. Уосталом, када треће лице намерава да предочи пословну прилику друштву, то мора да учини преко његовог заступника.[72] Чак и ако то треће лице не каже, нуђење закључења одређеног уговора, обавезује лице које је ту информацију добило да је проследи надлежном органу друштва. Већ поменути Принципи корпоративног управљања Америчког правног института познају и овај услов, и то тако што се корпоративном приликом сматра свака она прилика за коју је директор могао разумно да верује да треће лице очекује да се понуди друштву, а он то није учинио, већ је самостално искористио (sec. 5.05(b)(1)(B)).

Нешто слабија веза између друштва и пословне прилике у односу на претходне две се успоставља онда када треће лице није ни

70 Matthew R. Salzwedel, „A Contractual Theory of Corporate Opportunity and a Proposed Statute“, *Pace Law Review* 23(1)/2002, 121.

71 Више вид. F. A. Gevurtz, 369–371.

72 F. A. Gevurtz, 369.

знало да пословну прилику презентује директору неког привредног друштва, а директор за ту прилику не би ни сазнао да нема то својство у друштву. Суштина је у томе да својство директора веома често омогућава том лицу да се нађе у право време на правом месту, како би сазнало за пословну прилику.[73] Због тога ће друштво у оваквим ситуацијама инсистирати на аргументу да пословна прилика припада друштву, јер директор до ње не би ни дошао да није именован за директора. У сваком случају, изоловано овај аргумент не би могао да води закључку да је реч о корпоративној прилици, али у садејству са другим чињеницама може имати одлучујући значај.

Коначно, најповољнија варијанта за лице са дужностима је да је пословну прилику сазнало потпуно независно од дужности које обавља за друштво. Може се замислити ситуација у којој „заступник чује за прилику од рођака или старог пријатеља који није свестан или није под утицајем улоге коју заступник има у друштву".[74] При оваквим околностима велика је шанса да ће се сматрати да заступник који је искористио ту пословну прилику није поступио противно дужности лојалности.

Практично није једноставно утврдити када једно лице долази до пословне прилике у личном својству, а када је то последица обављања директорских и других функција за друштво.[75] Управо имајући то у виду, британско право не захтева да је директор сазнао за пословну прилику током вршења својих обавеза за друштво. Сличан став је заузео и Врховни савезни суд Немачке, одбијајући да прихвати аргумент директора да је за пословну прилику сазнао у приватном својству.[76] За разлику од британског и немачког права, многа друга законодавства друштву приписују пословну прилику до које је директор дошао у вези са својим положајем у друштву (Италија) или захваљујући том положају (Шпанија).[77] Америчко право нема јединствено решење по овом питању, а судска пракса начину на који је директор дошао до пословне прилике придаје велики значај, који у садејству са другим чињеницама може да доведе до закључка да пословна прилика припада друштву.

Српско право се експлицитно не одређује у односу на ово питање. Једино што је речено је да се дужност некоришћења односи

73 F. A. Gevurtz, 369.

74 F. A. Gevurtz, 371.

75 Б. Михајловић, 166.

76 M. Gelter, G. Helleringer, 111.

77 Нав. према: Б. Михајловић, 166.

само на оне пословне прилике „које се укажу друштву“. Из наведеног је јасно да пословне прилике које се укажу лицу са дужностима у његовом приватном својству, не испуњавају наведени услов, јер се тешко може аргументовати да су се на тај начин указале друштву.[78] Када лице са дужностима сазна за пословну прилику у оквиру вршења својих обавеза или ако треће лице прије директору очекујући да ће информација бити прослеђена друштву, неспорно треба сматрати да се прилика указала друштву. У другим ситуацијама треба сматрати да прилика не припада друштву, осим ако се не докаже супротно.

7. Однос између лица са дужностима и привредног друштва

За утврђивање постојања дужности некоришћења пословних прилика релевантан је и однос између лица са дужностима и привредног друштва. Тачније, потребно је детаљније проникнути у природу односа одређеног лица са привредним друштвом како би се утврдило која лица имају дужност некоришћења пословних прилика. Другим речима, поставља се питање од којих то лица се очекује да не искористе пословну прилику која припада друштву.

Српско право овом питању приступа крајње поједностављено, јер законодавац набраја лица са дужностима, при чему сва та лица терети и обавеза некоришћења корпоративних прилика. Једина могућност да се изађе ван оквира тих лица је да само привредно друштво својим оснивачким актом, односно статутом одреди и друга лица која имају ову дужност. Српско решење је изразито круто, те онемогућава била каква нијансирања у том погледу.[79] Свако лице које је закон набројао као лице са дужностима има обавезу некоришћења пословних прилика, без обзира на правну позицију у друштву и овлашћења која у њему има. Једина два услова која морају да буду испуњена за постојање дужности су: прво, прилика мора да се укаже друштву и друго, лице са дужностима мора да зна да се пословна прилика указала друштву, тј. да прилика припада друштву.

78 Ј. Д. Лепетић, 247.

79 У упоредном праву се истиче специфична позиција независних (спољних) директора, који за друштво раде само један део свог радног времена. Широко одређена забрана коришћења пословних прилика би обесхрабрила стручна лица да се прихватају позиције неизвршних директора. Arthur R. Pinto, Douglas M. Branson, *Understanding Corporate Law*, Matthew Bender 1999, 217.

Дужност некоришћења корпоративних прилика се примењује само на лица која у том тренутку у друштву имају статус лица са дужностима. Према томе, ова дужност не терети бивше директоре и друга некадашња лица са дужностима. Штавише, закон дозвољава да се интерним актима пролонгира трајање само дужности неконкурисања друштву, али не и других дужности лојалности. Оваква регулатива може довести до очигледних злоупотреба, јер директора који жели лично да искористи неку лукративну пословну прилику ништа не спречава да прво дâ оставку, а онда када га више ова дужност не терети и да лично искористи прилику. Због тога би, по узору на британско право, *de lege ferenda* требало проширити примену дужности некоришћења корпоративних прилика и на бивше директоре, под условом да су за пословну прилику сазнали док су имали својство директора у ранијем друштву.[80] Канадско право приступа овој проблематици уз више нијансирања, јер бивши директор не може да искористи пословну прилику ако суд закључи да је оставка била подстакнута или под утицајем жеље да директор себи обезбеди прилику коју је тражила компанија.[81]

8. Изузеци

8.1. Одбијање пословне прилике

Одбијање пословне прилике од стране привредног друштва је најприхваћенији изузетак од дужности некоришћења корпоративних прилика. Ако пословна прилика припада привредном друштву, онда друштво треба да има приоритет да је искористи. У случају да друштво одбије понуђену прилику, нема сметњи да је прихвати било које друго лице, па и лице са дужностима према друштву. Премда приказ поменутог изузетка делује веоме логично и једноставно, у пракси он изазива бројне проблеме и недоумице.

---

80 Више вид. Ј. Д. Лепетић, 251–253.

81 У случају *Canadian Aero Service v O'Malley (1971)* два извршна директора су напустила друштво *Canadian Aero Service Ltd.* и основала ново друштво са идејом да то друштво искористи пословну прилику коју су у претходном периоду припремали за *Canadian Aero Service Ltd.* Суд је у овом случају закључио да оставка не забрањује директорима да закључују уговоре са конкурентима бившег принципала, али само ако су њихови разлози за оставку били *bona fide.* Lorraine Talbot, *Critical Company Law*, 2 ed., Routledge 2016, 152.

Лице са дужностима може да користи овај изузетак ако се испоштују следећа два корака: да информише друштво о пословној прилици и да друштво одбије да искористи пословну прилику.

Информисање друштва. – Привредно друштво може да одбије само ону пословну прилику о којој је било адекватно информисано. У овој фази акценат се ставља на обавезе које лица са дужностима имају према привредном друштву. Два су услова за настанак обавезе информисања: 1) да пословна прилика припада привредном друштву и 2) да лице са дужностима намерава да је лично искористи.[82] Од лица са дужностима се очекује да друштву открију следеће две групе информација: информације о самој пословној прилици и информације о свом личном интересу да ту пословну прилику искористе. Као стандард како треба процењивати адекватност информисања узима се стандард разумне особе за коју би те информације највероватније биле од значаја за доношење одлуке о пословној прилици.[83] У теорији се указује и на то да је, поред информисања, потребно пословну прилику „предати“ друштву.[84]

Одбијање друштва. – Након што су презентоване све информације у вези са пословном приликом, привредно друштво може да поступи на три начина: да одлучи да покуша да искористи пословну прилику, да одбије пословну прилику или да се уздржи од било какве одлуке.[85] Ако друштво одлучи да искористи пословну прилику, то још увек не значи да ће исход бити позитиван за друштво. Постоје реалне могућности да до реализације пословне прилике и не дође (на пример, преговори између друштва и трећег лица не уроде плодом). Међутим, овде треба указати и на потенцијалне могућности лица са дужностима да намерно саботира преговоре, тј. реализацију пословне прилике за друштво, са идејом да је касније лично искористи.

Друга опција за друштво је да одбије пословну прилику, што за последицу има право лица са дужностима да исту искористи. Основни проблем одбијања је у томе ко доноси ову одлуку. Када одобрење тражи нижерангирани директор, јасно је да већих проблема неће бити, јер ће непосредно надређени орган управе доносити одлуку. Међутим, ако је зантересовано лице члан органа управе или генерални директор, онда постоји оправдана бојазан да ће одлука

82 P. K. Chew, 484.

83 P. K. Chew, 486.

84 D. J. Brown, 270.

85 P. K. Chew, 488–489.

надлежног органа бити под утицајем тог лица. Изнијансирана решења у том погледу садрже Принципи корпоративног управљања Америчког правног института. Да би одбијање пословне прилике било пуноважно потребно је да се испуни један од следећа три услова: 1) одбијање је правично за друштво; 2) чланови органа управе који немају лични интерес су одбили пословну прилику након што су о њој били информисани и то на начин да су испоштовани стандарди правила пословне процене; 3) након информисања чланови друштва који немају лични интерес су одобрили одбијање пословне прилике, под условом да одбијање није изједначено са расипањем имовине друштва (sec. 5.05(a)(3)).

Коначно, друштво може и да остане пасивно. У том случају се не може унапред претпоставити да је друштво одбило пословну прилику, већ се овакав закључак може извући из околности конкретног случаја (на пример, пословна прилика је због своје природе морала ургентно да се искористи).

Ово је једини изузетак који је прописан у српском праву. Лице са дужностима може да поступи супротно дужности некоришћења могућности за закључење послова који се укажу друштву под условом да је прибавило одобрење друштва (ЗоПД, чл. 70). Према томе, код нас одобрење представља сагласност друштва да лице са дужностима искористи корпоративну прилику. Заправо, то одобрење имплицитно обухвата и одбијање друштва да само искористи пословну прилику. Одобрење може бити претходно или накнадно.[86] Накнадно одобрење треба избегавати, јер оно онемогућава друштво да прилику искористи.[87] На давање одобрења примењују се законска правила о одобрењу правног посла у случају постојања личног интереса. Сходна примена може у пракси створити бројне правне проблеме, јер су правила о одобрењу писана имајући у виду дужност пријављивања послова и радњи у којима лице са дужностима има лични интерес, те значајан број тих правила неће моћи да се примени на дужност некоришћења пословних прилика.[88]

---

86 „Пријављивање пословне могућности друштву након што је лице са дужностима већ искористило ту могућност не оставља пуно простора привредном друштву које је желело да могућност искористи.“ Б. Михајловић, 175. Недобијање одобрења може за последицу имати подношење тужбе због повреде дужности некоришћења пословних прилика.

87 Више вид. Ј. Д. Лепетић, 250–251.

88 Упор. Б. Михајловић, 174.

8.2. Финансијска немогућност друштва

Финансијска немогућност привредног друштва је један од најчешћих, али и најконтроверзнијих оправдања за коришћење корпоративне прилике од стране лица са дужностима.[89] Судска пракса овом фактору придаје различит значај.[90] На једном крају спектра су случајеви у којима је суд заузео ригидно становиште, према коме се финансијска немогућност солвентног друштва као аргумент тужених директора не може прихватити.[91] На другој страни спектра су случајеви у којима је прихваћен став да пословна прилика не може припадати друштву које нема финансијска средства да је искористи. Штавише, терет доказа финансијске немогућности је на тужиоцима. Између ових екстрема, налазе се случајеви који не прихватају да је финансијска немогућност оправдање за себе, већ представља релевантан фактор чија ће се снага оцењивати од случаја до случаја.

Критеријум финансијске немогућности привредног друштва се показао као проблематичан из неколико разлога. Прво питање тиче се терета доказа ове чињенице. Наиме, у упоредној пракси су присутни ставови да терет доказа треба да сноси тужилац или тужени, при чему би тужилац сносио терет доказа финансијске способности друштва, док би тужени, тј. лице са дужностима сносио терет доказа финансијске неспособности. У теорији се први став с правом критикује,[92] јер су тужиоци трећа лица која немају приступ свим финансијским аспектима привредног друштва, док су лица са дужностима по правилу инсајдери, који су у довољној мери упознати са економским положајем у коме се друштво налази. Овај аргумент је у мањој мери релевантан за српско право, јер тужбу против лица са дужностима подноси привредно друштво или његови чланови, а за њих је мање убедљив аргумент недовољног познавања финансијске ситуације друштва. Такође, логично је претпоставити да друштво има финансијских могућности да искористи пословну прилику која му се указала, а лице које сматра другачије (лице са дужностима) може да доказује супротно.

Други проблем аргумента финансијске немогућности односи се на чињеницу да су тужена лица уједно и лица која су одговорна за обезбеђивање финансијских средстава привредном друштву. Ако

89 F. A. Gevurtz, 377.

90 Више вид. F. A. Gevurtz, 377–379; D. J. Brown, 263–264.

91 *Irving Trust Co. v. Deutsch*, 73 F.2d 121 (2d Cir. 1934).

92 F. A. Gevurtz, 379.

би се дозволила примена овог изузетка, онда би се дао подстицај лицима са дужностима да не улажу довољно енергије и напора у циљу проналажења начина како да друштво финансира потенцијалну пословну прилику.[93]

Трећи проблем се односи на сам појам финансијске немогућности, који нигде није дефинисан. У теорији се најчешће прави разлика између друштава која се налазе у већим финансијским проблемима, што се најчешће испољава тиме да је испуњен стечајни разлог или се налазе „у близини стечаја", и друштава са мањим финансијским проблемима, који се превасходно испољавају у виду привремене неликвидности.[94] Финансијска немогућност се као аргумент може прихватити превасходно код прве групе друштава. Но, и ту треба имати у виду да већи финансијски проблеми у којима се друштво налази не значи да чланови управе не треба да покушају да пронађу начине за финансирање лукративног пословног подухвата. Уосталом, пословна прилика може бити спасоносна за друштво.

Четврти проблем се тиче чињенице да су лица која користе пословну прилику која припада друштву најчешће и лица која утврђују финансијску неспособност друштва. Ова лица имају очигледан подстицај да олако утврде да друштво не може да искористи одређену пословну прилику, како би је они лично искористили. На тај начин долази до преусмеравања пословних прилика са друштва на лица са дужностима. У накнадном судском поступку се од суда очекује да утврди финансијску (не)могућност привредног друштва на основу чињеница које су под контролом лица које је пословну прилику преусмерило ка себи.[95]

И поред бројних практичних тешкоћа, у САД је присутан тренд прихватања аргумента финансијске немогућности коришћења пословне прилике, а разлике постоје у погледу услова који се захтевају.[96] За разлику од САД, које покушава да пронађе избалансирано решење, уважавајући интересе свих заинтересованих лица, друга законодавства прихватају екстремне позиције. Тако, примера ради, италијанско право прописује да ако друштво није способно да искористи пословну прилику не постоји повреда дужности.[97]

93 S. M. Bainbridge (2002), 334.

94 Б. Михајловић, 163.

95 V. Brudney, R. C. Clark, 1021.

96 M. R. Salzwedel, 121.

97 Нав. према: Б. Михајловић, 162.

Супротно Италији, у праву Велике Британије је прописано да је питање могућности привредног друштва да искористи пословну прилику без икаквог значаја.[98] Српско право прихвата британско решење, јер су лица са дужностима у обавези да не користе могућности за закључење послова које се укажу друштву, независно од тога да ли је друштво било у могућности да те послове закључи (ЗоПД, чл. 69(2)).

8.3. Правне и остале фактичке немогућности друштва

Осим финансијских немогућности, могуће је замислити и бројне друге разлоге због којих привредно друштво не може да искористи одређену пословну прилику. Сви они се могу поделити у две групе. У прву групу спадају законске препреке које су прописане за одређена привредна друштва, а које онемогућавају да то друштво искористи неке пословне прилике које му се укажу. Као пример се могу навести банке, којима банкарски прописи не дозвољавају да обављају тзв. небанкарске делатности. Ако се пословна прилика односи на неку небанкарску делатност, онда она није дозвољена. Према томе, ако је конкретном привредном друштву ограничена правна способност, забрањена је свака пословна прилика која је изван унапред дефинисане правне способности (тзв. *ultra vires* пословне прилике). Ове прилике не треба сматрати корпоративним приликама, те у односу на њих ни не постоји обавеза лица са дужностима да их не користе.[99]

Другу групу чине бројна друга ограничења која *prima facie* онемогућавају друштво да их користи. Ту могу спадати ограничења која се налазе у конститутивним актима друштва (на пример, одредба о циљу привредног друштва или делатностима које друштво обавља), ограничења техничке природе (на пример, друштво не располаже техничким капацитетима да искористи одређену пословну прилику), нерасположивост кадровским капацитетима, уговорна ограничења (на пример, одредбе уговора о кредиту којим се ограничава пословање друштва корисника кредита),[100] и сл. Сва ова ограничења су отклоњивог карактера, те се не могу сматрати несавладивим препрекама и довољним разлогом за непостојање дужности некоришћења пословне прилике.[101] Промена конститутивног акта, оснивање зависног друштва, запошљавање нових кадрова, само су неки од начина

98 UK Companies Act 2006, sec. 175(2).

99 F. A. Gevurtz, 382.

100 P. K. Chew, 472.

101 Б. Михајловић, 163.

превазилажења „техничких“ проблема коришћења пословне прилике. Проблеми у практичној анализи ових препрека су слични финансијској немогућности друштва да искористи пословну прилику, због чега судска пракса треба да примењује сличне стандарде.

8.4. Одбијање трећег лица да послује са друштвом[102]

Један од често истицаних аргумената у прилог тези да лице са дужностима има право да искористи пословну прилику је да треће лице није желело да послује са привредним друштвом. Ако треће лице недвосмислено покаже да не намерава да улази у пословне аранжмане са друштвом ни под којим условима, та пословна прилика се ни не може сматрати приликом која припада друштву, па самим тим не постоји ни дужност њеног некоришћења. Међутим, у пракси ће тако категорично искључивање друштва бити веома ретко. Оно се може замислити у ретким ситуацијама када треће лице има јаке пословне и/или личне разлоге да не улази у било какве пословне односе са конкретним привредним друштвом (на пример, свађа са контролним чланом друштва или лоше претходно искуство пословања са друштвом). Много ће бити чешће ситуације у којима треће лице нема тако изражен негативан став у односу на друштво, већ само показује јасну преференцу да уђе у пословни однос са лицем са дужностима.

Случајеви у којима се истиче аргумент одбијања трећег лица да послује са друштвом најчешће се своде на утврђивање намере трећег лица, а то се чини саслушавањем бројних сведока, чији су искази увек афирмативни у том правцу. Такође, у већини случајева се открило да је лице са дужностима преговарало и закључивало посао са трећим лицем у тајности, као и да је треће лице за то знало, али је прихватало да учествује у томе како би издејствовало боље услове.[103] Имајући у виду све практичне проблеме са којима се суочава овај изузетак, има схватања да га треба забранити.[104]

У екстремним варијантама резолутног одбијања трећег лица да послује са друштвом, које ће у пракси бити реткост, овај изузетак би

102 Више вид. William Lynch Schaller, „The Origin and Evolution of the Third Party Refusal to Deal Defense in Illinois Corporate Opportunity Cases“, *John Marshall Law Review* 46(4)/2013, 937–1037; William Lynch Schaller, „Corporate Opportunities and the Third Party Refusal to Deal Defense: Policy and Practice Lessons from Illinois“, *John Marshall Law Review* 47(1)/2013, 1–55.

103 W. L. Schaller, „The Origin and Evolution...“, 1035.

104 W. L. Schaller, „Corporate Opportunities and the Third Party Refusal to Deal Defense...“, 55.

се могао прихватити. Но, у сваком другом случају, одбијање трећег лица да послује са друштвом само по себи није довољно да би се извео закључак да је лице са дужностима имало право да искористи пословну прилику. За коришћење овог изузетка потребно је да се испуне два услова. Прво, лице са дужностима треба да обавести друштво о свим чињеницама у вези са понудом трећег лица, затим да треће лице не жели пословну сарадњу са друштвом и евентуалним разлозима за такав став, као и да лице са дужностима намерава да пословну прилику лично искористи. Откривањем свих релевантних информација омогућава се друштву да предузме одређене кораке како би променило став трећег лица и евентуално га убедило да сарађује са друштвом.[105] Друго, ако друштво, након свих добијених информација, одбије пословну прилику, онда се сматра да лице са дужностима може самостално да је искористи.

9. Закључак

Дужност некоришћења корпоративних прилика у српском праву постоји више од две деценије. У том не тако кратком периоду није било случајева у пракси да су директори и друга лица са дужностима тужени због тога што су искористили неку корпоративну прилику у личну корист, уместо да ју је искористило привредно друштво. Како није било поступака, не чуди да се судска пракса није изјашњавала по многим спорним питањима везаним за ову дужност.

Законско дефинисање дужности некоришћења корпоративних прилика је веома сажето, јер се помиње само коришћење могућности за закључење послова који се укажу друштву. Целовито посматрано, и ова дужност, а шире посматрано и дужност избегавања сукоба интереса, формулисана је на начин сличан британском праву. Отуда би корпоративна и судска пракса могла да крене у правцу тумачења ове дужности на начин како то ради право Велике Британије. Међутим, у раду је истакнуто да је британска концепција застарела и прекомерно ригидна. Такође, треба имати у виду да се она не заснива само на неколико законских одредби, већ и на богатој вишедеценијској судској пракси. Како у Србији сличне судске праксе нема, већ постоје само релативно штуре законске одредбе, оправдано је размишљати у правцу релативизације и прихватања флексибилнијег приступа. Време ће

105 *Energy Resources Corp., Inc v. Porter*, 14 Mass. App. CL 296, 438 N.E.2d 391 (1982). Нав. према: P. K. Chew, 475.

показати у којој мери ће судска пракса бити спремна да учини ову дужност прилагодљивом потребама модерног пословања. Као дилема ће се поставити прихватање потпуно избалансираног приступа (амерички модел) или благо флексибилног приступа (канадски модел). Имајући у виду да амерички модел подразумева развијену судску праксу везану за примену ове дужности, коју ми у овом тренутку немамо, најупутније је ићи средњим путем. Он би у основи штитио интересе привредног друштва, али би у оправданим случајевима омогућавао и заштиту интереса директора и других лица са дужностима.

Као путоказ судској пракси би се могла навести дефиниција корпоративне прилике садржана у Принципима корпоративног управљања Америчког правног института. Према тој дефиницији, а која је прихваћена и у неким судским одлукама, корпоративна прилика се претпоставља у следећим случајевима: 1) директор разумно верује да је прилика понуђена привредном друштву; 2) директор разумно верује да је пословна прилика у интересу привредног друштва; или 3) пословна прилика је у блиској вези са предметом пословања друштва или постоји основано очекивање друштва да искористи ту пословну прилику и тиме прошири предмет свог пословања.[106]

106 Robert W. Hamilton, *The Law of Corporations in a Nutshell*, 5th ed., West group, St. Paul, Minn. 2000, 480–481.

THE DUTY TO REFRAIN FROM EXPLOITING CORPORATE OPPORTUNITIES BELONGING TO THE COMPANY

Vuk Radović, PhD, LL.M. (University of Pittsburgh)*

Companies are presented with numerous business opportunities on a daily basis, of which they take advantage of only some. Declining to pursue certain opportunities is common and such decisions are protected by the business judgment rule. However, a problem arises when those business opportunities are exploited by a company director or another fiduciary, without informing the company or obtaining its consent. To prevent such situations, both comparative and domestic law impose a duty on fiduciaries not to exploit business opportunities that belong to the company.

The introductory sections of this paper define the concept of the duty not to exploit corporate opportunities, highlight two opposing approaches to its regulation (the American and the British), and identify the objectives of legal regulation in this area. The central part of the paper analyzes three key relationships: (1) the relationship between the company and the business opportunity, in order to determine when an opportunity should be considered as belonging to the company; (2) the relationship between the fiduciary and the business opportunity, as the manner in which the fiduciary becomes aware of the opportunity may significantly influence whether the duty arises; and (3) the relationship between the fiduciary and the company, to define the personal scope of application of this duty. The paper also examines typical exceptions to the duty not to exploit corporate opportunities, such as the company's rejection of the opportunity and its financial inability to pursue it. The aim of this paper is to provide the Serbian judicial and corporate practice with certain guidelines for properly understanding this duty, as well as to highlight numerous practical issues related to its application.

Key words: *duty of loyalty, duty to avoid conflicts of interest, business opportunity, corporate opportunity, director.*

* Professor at the University of Belgrade – Faculty of Law, *vuk@ius.bg.ac.rs*.

ЛИТЕРАТУРА

Arthur R. Pinto, Douglas M. Branson, *Understanding Corporate Law*, Matthew Bender 1999

Carsten Gerner-Beuerle, Michael Schillig, *Comparative Company Law*, Oxford University Press, Oxford 2019

„Corporate Opportunity“, *Harvard Law Review* 74(4)/1961

David Clayton Carrad, „The Corporate Opportunity Doctrine in Delaware: A Guide to Corporate Planning and Anticipatory Defensive Measures“, *Delaware Journal of Corporate Law* 2(1)/1977

David J. Brown, „When Opportunity Knocks: An Analysis of the Brudney & (and) Clark and ALI Principles of Corporate Governance Proposals for Deciding Corporate Opportunity Claims“, *Journal of Corporation Law* 11(2)/1986

Eric G. Orlinsky, „Corporate Opportunity Doctrine and Interested Director Transactions: A Framework for Analysis in an Attempt to Restore Predictability“, *Delaware Journal of Corporate Law* 24(2)/1999

Eric Talley, „Turning Servile Opportunities to Gold: A Strategic Analysis of the Corporate Opportunities Doctrine“, *Yale Law Journal* 108(2)/1998

Franklin A. Gevurtz, *Corporation law*, West Group, St. Paul, Minn, 2000

Gabriel Rauterberg, Eric Talley, „Contracting out of the Fiduciary Duty of Loyalty: An Empirical Analysis of Corporate Opportunity Waivers'“, *Columbia Law Review* 117(5)/2017

Genevieve Helleringer, Marco Corradi, Self-Dealing, Corporate Opportunities and the Duty of Loyalty – A US, UK and EU Comparative Perspective, European Corporate Governance Institute – Law Working Paper No. 582/2021, доступно на: *https://ssrn.com/abstract=3825745* (13.5.2025)

Jack B. Jacobs, „Introduction: Professor Richard Epstein“, *Delaware Journal of Corporate Law* 21(1)/1996

James C. Slaughter, „The Corporate Opportunity Doctrine“, *SMU Law Review* 18(1)/1964

Jennifer Ying, *Guth v. Loft: The Story of Pepsi-Cola and the Corporate Opportunity Doctrine*, доступно на: *https://ssrn.com/abstract=1414478* (12.5.2025)

Jodi L. Popofsky, „Corporate Opportunity and Corporate Competition: A Double-Barreled Theory of Fiduciary Liability“, *Hofstra Law Review* 10(4)/1982

Klaus J. Hopt, Conflict of Interest, Secrecy and Insider Information of Directors – A Comparative Analysis, ECGI – Law Working Paper No. 208, *https://ssrn.com/abstract=2178152* (20.5.2025)

Lucian Arye Bebchuk, Assaf Hamdani, „Optimal Defaults for Corporate Law Evolution“, *Northwestern University Law Review* 96/2002

Martin Gelter, Genevieve Helleringer, „Opportunity Makes a Thief: Corporate Opportunities as Legal Transplant and Convergence in Corporate Law“, *Berkeley Business Law Journal* 15(1)/2018

Matthew R. Salzwedel, „A Contractual Theory of Corporate Opportunity and a Proposed Statute“, *Pace Law Review* 23(1)/2002

Pat K. Chew, „Competing Interests in the Corporate Opportunity Doctrine“, *North Carolina Law Review* 67(2)/1989

Paul L. Davies, *Gower and Davies Principles of Modern Company Law*, 8th ed., Sweet & Maxwell, London 2008

Robert W. Hamilton, *The Law of Corporations in a Nutshell*, 5th ed., West group, St. Paul, Minn. 2000

Stephen M. Bainbridge, *Corporation Law and Economics*, Foundation Press, New York 2002

Victor Brudney, Robert Charles Clark, „A New Look at Corporate Opportunities“, *Harvard Law Review* 94(5)/1981

William Lynch Schaller, „The Origin and Evolution of the Third Party Refusal to Deal Defense in Illinois Corporate Opportunity Cases“, *John Marshall Law Review* 46(4)/2013

William Lynch Schaller, „Corporate Opportunities and the Third Party Refusal to Deal Defense: Policy and Practice Lessons from Illinois“, *John Marshall Law Review* 47(1)/2013

Yifat Naftali Ben Zion, „Cleaning Up the Corporate Opportunity Doctrine Mess: A First Principles Approach“, *Washington Lee Law Review* 80/2023

Борко Михајловић, *Дужност лојалности према привредном друштву*, докторска дисертација, Крагујевац 2018

Јелена Д. Лепетић, *Компанијскоправни режим сукоба интереса*, докторска дисертација, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд 2014