

Ирена Радић,*

Асистент,

Правни факултет, Универзитет у Бањој Луци,

Република Српска, БиХ

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД

10.5937/zrpfno-27406

UDK: 347.72/.73

336.2

Раđ примљен: 06.07.2020.

Раđ прихваћен: 14.08.2020.

ФЕНИКС СЕ ПОНОВО РАЂА

Апстракт: Раздвојеност имовине привредног друштва од имовине његових чланова и ограничена одговорност чланова за обавезе друштва представљају фундаменталне принципе компанијског права. Принцип ограничене одговорности значи стварање „правног вела“ између друштва капитала и његових чланова. Правни вео, са једне стране, штити чланове од одговорности према повјериоцима друштва, омогућавајући им да потенцијалне губитке ограниче на износ улога у друштво, а ризик пословања пребаце на повјериоце. Са друге стране, правни вео привредног друштва ствара подстицај члановима да улазе у ризичне пословне подухвате, јер знају да ће цех евентуалног неуспјеха платити повјериоци, што отвара питање моралног хазарда. Штавише, правни вео отвара врата бројним злоупотребама, а једна је нарочито привукла нашу пажњу, те ће управо бити предмет овог рада. Ријеч је о феникс компанијама, феномену који истовремено може представљати злоупотребу ограничене одговорности и изигравање циљева стечаја, ради избегавања плаћања обавеза према повјериоцима, али исто тако може представљати законит и легитиман начин за очување пословања финансијски посрнулог друштва. Овај појам обично описује ситуацију у којој се ново привредно друштво рађа из пепела друштва претходника које је постало неспособно да измирује обавезе према повјериоцима, преузимајући његову имовину, настављајући његову дјелатност, најчешће под истим или сличним пословним именом, са истим лицима која (*de iure* или *de facto*) управљају друштвом.

У овом раду ћемо ближе одредити појам феникс компанија и представити кључне индикаторе за њихово препознавање. Поред тога, указаћемо на појавне облике феникс активности, с циљем

* irena.radic@pf.unibl.org

разграничавања између законитог и легитимног, законитог али нелегитимног (тј. проблематичног) и незаконитог „рађања нове компаније из пепела старе“.

Кључне ријечи: *феникс компаније, ограничена одговорност, злоупотреба ограничене одговорности, злоупотреба стечаја, избегавање плаћања пореза.*

1. Увод

Када се привредно друштво нађе у финансијским тешкоћама, оно може покушати да превазиђе кризу на више начина. Прије свега, може предузимати различите мјере у циљу оздрављења, попут статусних промјена, продаје дијела имовине, затварања непрофитабилних погона, отпуштања вишка радника, неформалних преговора са кључним повјериоцима ради редефинисања дужничко–повјерилачких односа и сл. Друга опција је покретање формалног поступка реструктурирања, такође ради редефинисања дужничко – повјерилачких односа, с циљем избегавања наступања стечајног разлога и наставка обављања дјелатности. Уколико у томе не успије, или су финансијски проблеми у којима се друштво нашло тако велики да је постало платежно неспособно, над друштвом се отвара стечајни поступак.

Спровођење стечајног поступка треба да омогући остваривање највеће могуће вриједности имовине стечајног дужника и највећи могући степен намирења повјерилаца.¹ У пракси се, међутим, стечајни повјериоци намирују у веома малом проценту, а велики број стечајних поступака се закључује због недостатка/недовољности стечајне масе, када стечајни повјериоци остају ненамиреени у цјелости. Према Извјештају Главне службе за ревизију јавног сектора у Републици Српској, више од половине стечајних поступака се закључи због недостатка или недовољности стечајне масе, тј. без подјеле средстава повјериоцима. У Извјештају се наводи да повјериоци у стечајним поступцима нису наплатили више од 4/5 својих потраживања.² У Србији стопа намирења неприоритетних стечајних повјерилаца износи 9,1%, док се приоритетни повјериоци првог и другог реда намирују у већем проценту – 65% и 43,9% респективно (Спариосу, 2016: 233). Према

1 Закон о стечају, *Службени гласник Републике Српске бр. 16/2016*, у даљем тексту – ЗОС, чл. 11.

2 http://www.gsr-rs.org/static/uploads/report_attachments/imported/RU002-11.pdf

Извјештају Државне ревизорске институције Црне Горе, ситуација са наплатом потраживања у стечају је једнако лоша.³

Чињеница да су бројни стечајни поступци у којима је стечајни дужник само „празна љуштура“ без имовине која би служила за намирење повјерилаца, посљедица је различитих фактора. Један је свакако што се стечајни поступци не покрећу на вријеме или се уопште не покрећу, те постоји велики број „успаваних“ привредних друштава која не послују, немају имовину, нити запослене. Наиме, благовременост покретања стечајног поступка је један од основних услова за успјешно остваривање циљева стечајног поступка, јер се тиме спречава даље расипање имовине и онемогућава наплата потраживања индивидуалних повјерилаца, што ствара предуслове за веће процентуално намирење свих повјерилаца⁴ (Радовић, 2018а: 407). Међутим, далеко важнији фактор јесте генерална интенција сваког дужника да отуђи или у корист повезаних лица располаже вреднијом имовином прије сопствене пропасти, која је нарочито интензивна прије отварања стечаја, односно када дужник постаје свјестан да је отварање стечајног поступка извјесност у блиској будућности (Живковић, 2016: 262). Уколико се имовина преноси по тржишној вриједности и без намјере да се изиграју повјериоци (нпр., продају се вредније некретнине, како би се побољшала ликвидност), такво понашање представља законит и легитиман начин очувања пословања. Насупрот томе, уколико одговорна лица у предузећу у намјери да избјегну плаћање обавеза, проузрокују стечај привидним или стварним умањењем имовине предузећа, на начин да имовину привидно или испод тржишне вриједности продају, прикрију, бесплатно уступе

3 “Укупна потраживања ПУЦГ код пореских обвезника код којих је завршен стечајни поступак, а који су обухваћени узорком, износила су 797.021,35€, од чега је наплаћено 0%. Анализом узоркованих предмета у којим је стечајни поступак завршен, ревизијом је утврђено да је ПУ уредно предала Привредном суду пријаву потраживања, и да су иста призната од стране стечајног управника. Међутим, потраживања ПУЦГ због недостатка стечајне масе нијесу могла бити измирена.” <http://www.dri.co.me/1/doc/Izvj%20C5%A1taj%20o%20reviziji%20uspjeha%20Efikasnost%20sistema%20naplate%20poreskog%20duga%20poreskih%20obveznika%20u%20ste%20C4%8Daju%20i%20likvidaciji.pdf>, стр. 46.

4 Из наведених разлога, 2016. године законодавац у Републици Српској прихвата концепт обавезности покретања стечајног поступка. Наиме, орган овлашћен за заступање стечајног дужника је дужан да у року од 60 дана од дана наступања платежне неспособности поднесе приједлог за отварање стечајног поступка, а за неизвршење ове обавезе предвиђена је прекршајноправна санкција, односно новчана казна од 10.000 до 20.000 КМ. Вид. чл.53, ст. 6 ЗОС. Наведени концепт је усвојен у великом броју држава: Аустрија, Белгија, Бугарска, Грчка, Естонија, Летонија, Литванија, Словенија, Словачка, Хрватска, Чешка, Шпанија, Норвешка, Португал, Пољска, Румунија, Луксембург, Њемачка. Вид: Радовић, 2018а: 407.

трећем лицу или униште, закључе фиктивне уговоре о дугу или признају непостојећа потраживања и сл., та ће лица бити одговорна за кривично дјело проузроковање лажног стечаја.⁵ Између ове двије крајности (законитог и легитимног очувања пословања и понашања које повлачи кривичну одговорност) постоји и велики број проблематичних случајева у којима ће власници настојати да „извуку“ имовину из привредног друштва на „сигурније“ мјесто, изван домашаја повјерилаца, обично користећи одређене правне празнине или неефикасну примјену прописа.

Уколико се имовина привредног друштва коме пријети наступање стечајног разлога преноси на друго привредно друштво које (*de facto* или *de iure*) контролишу иста лица и које наставља обављање исте дјелатности, под истим или сличним пословним именом, док обавезе остају на старом привредном друштву, говоримо о феномену тзв. феникс компанија. Сликвито речено, феникс компанија представља нову компанију која се „диже из пепела“ старе компаније која се нашла у финансијским тешкоћама, као што се феникс птица из египатске митологије поново рађа, дижући се из сопственог пепела. Феникс компаније могу представљати законит и легитиман начин очувања пословања финансијски посрнулог привредног друштва, али исто тако могу представљати злоупотребу ограничене одговорности и изигравање циљева стечаја, са сврхом избјегавања плаћања обавеза према повјериоцима, нарочито пореских обавеза и обавеза према запосленим.

Предмет наше анализе ће бити управо описани феномен феникс компанија, те ћемо одредити појам и карактеристике феникс компаније, а потом указати на његове појавне облике, са циљем разграничавања законитог и легитимног, законитог али нелегитимног (тј. проблематичног) и незаконитог „рађања новог привредног друштва из пепела старог“. С обзиром на то да је феномен феникс компанија могућ захваљујући начелу ограничене одговорности у друштвима капитала, у сљедећем поглављу ћемо указати на то шта подразумијева ограничена одговорност и које су њене предности и недостаци. Нарочиту пажњу ћемо посветити питању оправданости овог принципа код једночланих друштава капитала, у којима је једини члан друштва истовремено и директор, те у групама привредних друштава, код којих се најчешће јавља феникс активност (Roach, 2010: 95).

5 Кривични законик, *Службени гласник Републике Српске*бр. 64/2017, 104/2018 – УС, чл. 252.

2. Принцип ограничене одговорности

У домаћем праву, као и упоредним законима романске правне традиције, свим формама привредних друштава се признаје правни субјективитет.⁶ То значи да од момента регистрације, друштво има сопствени идентитет, манифестован кроз самостално пословно име, сједиште, дјелатност, пословни рачун, матични број, порески број, царински број, припадност и сл., да самостално преузима права и обавезе у правном промету, има сопствену имовину којом одговара за преузете обавезе, субјекат је имовинске, кривичне и прекршајне одговорности итд. Најважнија дејства правног субјективитета су правна самосталност привредног друштва у односу на његове чланове (ортаке, комплементарне, чланове или акционаре) и раздвојеност имовине друштва од имовине његових чланова. Ова раздвојеност значи да, са једне стране, за наплату из имовине друштва могу конкурисати само повјериоци друштва, а не и лични повјериоци чланова, који могу захтијевати само дио из годишње добити који се расподјељује члановима или из нето активе по престанку друштва, као и извршење на њиховим акцијама или удјелима у друштву (Васиљевић, 2012: 65); са друге стране, то значи да повјериоци привредног друштва нису и повјериоци чланова, те потраживања према друштву могу наплаћивати само из имовине привредног друштва, али не и из имовине његових чланова. Ипак, овдје треба имати на уму разлику између друштава капитала и друштава лица, јер код потоњих постоји неограничена солидарна одговорност чланова за обавезе друштва. Насупрот томе, код друштава капитала, чланови не одговарају за обавезе друштва својом личном имовином, већ само сносе ризик губитка онога што су уложили (односно, што су се обавезали да уложе) у друштво. Дакле, концепт ограничене одговорности се примјењује код друштава капитала, а манифестује се у виду стварања “зида” или “правног вела” привредног друштва за његове чланове у односу на повјериоце друштва.

Оправданост концепта ограничене одговорности брани се различитим аргументима, од којих износимо најважније:

1) Ограничена одговорност омогућава прикупљање значајног капитала од великог броја малих инвеститора. Људи не би улагали своје лично богатство у привредна друштва када би знали да наспрам могућности за

6 Насупрот томе, германски правни систем познаје категорију “друштва – институције”, којима признаје правни субјективитет, и друштва-уговоре (јавно трговачко и командитно друштво, њем. *offene Handelsgesellschaft, stille Gesellschaft, Kommandithesellschaft*), којима не признаје правни субјективитет. Такође, у англо-америчком систему, *company (corporation)* има правни субјективитет, док су разне врсте *partnership*-а друштва без правног субјективитета, Вид. Васиљевић, 2012: 64.

остваривањем дивиденде стоји ризик да изгубе цјелокупну своју имовину. Стога, ограничена одговорност подстиче инвестиције и тиме привредни раст.

2) Ограничена одговорност омогућава члановима да ограниче ризик кроз диверзификацију портфолија, односно да улажу мање износе у већи број различитих привредних друштава, уз остваривање мање добити од тих инвестиција, али истовремено и уз мањи ризик да ће изгубити уложено. То доводи до смањења трошкова капитала.

3) Ограничена одговорност смањује потребу за мониторингом управе од стране чланова, а трошкови тог мониторинга би били несразмјерно високи у односу на очекивану добит.

4) Ограничена одговорност смањује потребу за мониторингом осталих чланова друштва. Заправо, једног члана најчешће није ни брига ко су остали акционари. Насупрот томе, уколико би постојала неограничена (солидарна) одговорност, чланови би морали водити рачуна ко су остали чланови и колика је њихова имовина.

5) Ограничена одговорност олакшава пренос удјела у друштву. Ако би одговорност била неограничена, заштита интереса повјерилаца би захтијевала или да се забрани пренос удјела на лице које нема имовине (или има значајно мању имовину од преносиоца) или би се морала успоставити солидарна одговорност преносиоца за обавезе друштва и након преноса (*Millon, 2007: 1312–1317*).

Суштина наведених аргумената је првенствено економска – ограничена одговорност подстиче инвестирање и привредни раст. Ризик улагања се смањује до висине улога у друштво, што омогућава оснивачима и каснијим члановима да уложе више новца уз мање бојазни да ће им лична имовина бити угрожена (М. Радовић, 2018: 27). Међутим, стварање „правног вела“ привредног друштва доводи до преласка ризика пословања друштва са чланова на повјериоце, нарочито оне невољне (јер се уговорни повјериоци могу унапријед, на различите начине, обезбиједити). На тај начин, ограничење ризика јача корпоративну неодговорност и ствара плодно тло за бројне злоупотребе у циљу остваривања личних интереса појединих чланова, а науштрб интереса повјерилаца друштва. Повјериоци могу бити изиграни, односно онемогућени да своја потраживања наплате из имовине привредног друштва, што потенцијално доприноси стварању тзв. моралног хазарда, односно доводи до дилеме да ли је становиште о концепту ограничене одговорности као доминантном уопште морално прихватљиво (*Ibid, 28*).

Питање оправданости концепта ограничене одговорности нарочито је актуелно код друштава која не прикупљају капитал јавним путем, односно затворених друштава капитала (енгл. *close corporations*) која редовно имају мали број међусобно повезаних чланова (често се ради о породичним друштвима) који су укључени у управљање друштвом и непосредно одлучују о пословању друштва или на њега одлучујуће утичу (Јевремовић Петровић, 2014: 365). С обзиром на то да у овом случају не постоји раздвојеност управљања и власништва (тзв. први агенцијски проблем), не стоји аргумент да ограничена одговорност смањује трошкове надзора власника над управом, јер за таквим надзором нема потребе. Поред тога, не стоји ни аргумент да ограничена одговорност смањује трошкове надзора над осталим члановима, јер постоји само један члан или неколико блиско повезаних чланова. Код ових привредних друштава оснивачки акти обично предвиђају ограничења у преносу удјела како би се очувала постојећа структура власништва, односно како у друштво не би могла ући неподобна трећа лица, због чега губи на снази и аргумент да ограничена одговорност олакшава пренос удјела у друштву (*Easterbrook, Fischel*, 1985: 112). Слична је ситуација и код друштава која имају контролног члана или акционара јер је и то лице по правилу више укључено у управљање, има другачији однос према ризику који друштво преузима, док утицај правила о одговорности на њега може да има другачије ефекте (Јевремовић Петровић, 2014: 365).

Када су чланови друштва друга привредна друштва, тј. у односима матичног и зависног друштва, аргументација у корист ограничене одговорности је још слабија. Штавише, сматра се да је примјена принципа ограничене одговорности на групе привредних друштава последица „историјске грешке“ (*Blumberg*, 1985: 605), јер је циљ правила о ограниченој одговорности био да заштити акционаре (физичка лица) као инвеститоре од одговорности за дугове које направи привредно друштво. Међутим, како истиче Бламберг (*Philip Blumberg*), примјена принципа ограничене одговорности на матично друштво није била неопходна како би се постигао овај резултат – акционари матичног друштва су већ били заштићени правилом ограничене одговорности, те је ограничавање одговорности матичног друштва за обавезе зависног створило „други слој заштите“ акционара“ (*Ibid*, 607). Аутор закључује да је примјена овог принципа на групе учињена аутоматски и без размишљања да је однос матичног и зависног друштва значајно другачији од односа појединачног акционара – инвеститора и друштва (*Ibid*, 608). У групама постоји очигледан несклад између правне самосталности и економског јединства, а нарочито заједничко управљање повећава ризик да свако друштво неће бити

независно и самостално (Јевремовић Петровић, 2014: 368), што посебно долази до изражаја код потпуно зависних друштава. Све ово говори да је примјена принципа ограничене одговорности у групама створила веће могућности за злоупотребе, као и подстицај матичном друштву да приликом управљања зависним друштвима предузима веће ризике, јер евентуална реализација ризика често нема никакве посљедице по матично друштво. Напротив, трошкове пословног ризика носе појединци – жртве различитих ризичних активности (*Ibid*). Велике штете које зависна друштва проузрокују појединцима, друштву уопште или запосленима (нпр. еколошке катастрофе, нарушавање здравља због рада са штетним материјалима и сл.) усљед обављања различитих ризичних активности доводе у питање оправданост и правичност примјене тог принципа (*Ibid*, 369).

Посљедњих година су случајеви злоупотребе корпоративне форме, односно концепта ограничене одговорности дошли у фокус свјетске јавности (нпр. Панама папири, употреба тзв. *letterbox* компанија, скандали који су показали укљученост европских банака у операције прања новца итд.). Нама је пажњу привукао феномен феникс компанија, који се јавља управо код затворених друштава капитала са малим бројем чланова или у оквиру групе привредних друштава (нарочито код потпуно зависних друштава унутар групе) код којих је концепт ограничене одговорности претрпио највише критике и преиспитивања. Овим феноменом се посљедњих година интензивно баве Влада Аустралије⁷ и Влада Уједињеног Краљевства.⁸ Према нашем увјерењу, феникс аранжмани су у значајном обиму присутни у свим државама региона, што је, првенствено, посљедица неповољног пословног окружења, са високим пореским оптерећењем (нарочито високим порезима на рад); значајним обимом сиве економије и селективном примјеном пореских прописа; неефикасном наплатом пореза; неефикасним, спорим и непредвидим правосуђем; тешком наплатом потраживања и дуготрајним извршним поступцима; стечајем који је фокусиран на банкротство кроз које се имовина предузећа распродаје редовно испод тржишне вриједности и сл., што свеукупно рађа подстицај да се „здрово ткиво“ предузећа склони

7 <https://www.ato.gov.au/General/The-fight-against-tax-crime/Our-focus/Illegal-phoenix-activity/> Према процјенама, феникс активност кошта Аустралију између једне и три милијарде аустралијских долара годишње. Вид. Fair Work Ombudsman, PwC, *Phoenix activity report – Sizing the problem and matching solutions*, 2012. <https://www.fairwork.gov.au/ArticleDocuments/763/Phoenix-activity-report-sizing-the-problem-and-matching-solutions.pdf.aspx>

8 <https://www.mjbushell.co.uk/new-rules-to-crack-down-on-phoenix-companies-confirmed-for-april-2020/>, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/754293/Tax_abuse_and_insolvency_discussion_summary_of_responses.pdf

изван домашаја повјерилаца, нарочито пореских власти, на друго, повезано привредно друштво, неоптерећено дуговима, кроз које ће се наставити иста дјелатност.⁹

У наредном поглављу ћемо ближе описати феномен феникс компанија и указати на његове карактеристике. Видјећемо да је ријеч о појави коју је немогуће прецизно дефинисати, јер обухвата широк спектар активности које могу бити законите и прихватљиве, законите али неприхватљиве (тзв. проблематична феникс активност) или незаконите. Стога би прецизна дефиниција феникс компанија са јасно одређеним спољашњим границама само подстакла тзв. „креативно усклађивање“, односно отворила простор за нове, креативне феникс аранжмане који ће бити у складу са словом закона, али којима ће се постићи исти циљ – избјегавање плаћање обавеза према повјериоцима. Стога ћемо умјесто дефиниције понудити индикаторе за препознавање феникс активности, уз напомену да не морају сви индикатори бити присутни у сваком феникс аранжману.

3. Појам и карактеристике феникс компанија

„Феникс компанија“, „феникс аранжман“ или „феникс активност“ (енгл. *phoenix company, phoenix activity, phoenixism, phoenixing*) су термини који се користе како би се описала ситуација у којој једно привредно друштво са ограниченом одговорношћу чланова долази у стање економско –

⁹ Према истраживању извршеном у Привредном суду у Крагујевцу, од укупно 500 анализираних поступака спроведених по правилима тзв. аутоматског стечаја, 462 привредна друштва у стечају, односно 92,4% су била регистрована у форми друштва са ограниченом одговорношћу, са уписаним минималним основним капиталом. Од тог броја је око 88,5% било регистровано у форми једночланог друштва. У већини случајева је степен презадужености био драстично изражен у односу на висину минималног основног капитала. Просјечно, у односу на све анализиране поступке, степен презадужености је био и више од 200 пута већи у односу на просјечну висину основног капитала. Наведено према: М. Радовић, 2018: 146. Ово указује да знатан број привредних друштава и није основан ради обављања дјелатности, него зарад остваривања одређених незаконитих намјера, попут изигравања повјерилаца, што указује на могућу феникс активност. Да је феномен феникс компанија присутан у државама региона можемо закључити и на основу једноставне претраге интернет портала, на којима чланци са садржајем попут овог нису изузетак: „Власник предузећа који је нагомилао дугове, оставља државу без плаћеног пореза, раднике без плата и без плаћених доприноса, а добављачи такође остају без новца. Прије ликвидације фирме, власник преноси остатак имовине, уколико је има, на ново предузеће које оснива на своје име или име блиског члана породице, те наставља даље да послује...У пракси је било случајева да су исти власници и до шест фирми довели до стечаја, оставили дугове према држави и запосленима, а затим отварају нове фирме. Види:<https://www.slobodnaevropa.org/a/stecaj-zloupotreba-crna-gora-milioni/29510788.html>

финансијске неспособности (даље у тексту: старо привредно друштво), његова имовина се преноси на ново привредно друштво (Феникс компанију), које наставља пословање старог друштва, обично под истим или сличним пословним именом, којим управљају (*de iure* или *de facto*) иста лица која су управљала и старим друштвом. Старо привредно друштво остаје само „празна љуштура“ са неплаћеним дуговима према повјериоцима, запосленима и држави, те се над њим отвара стечај или остаје „успавано“ уколико нико нема интерес да покрене стечајни поступак, усљед процијењене недовољности имовине.

У начелу, није незаконито да лице које је било члан или директор привредног друштва над којим је отворен стечај оснује ново привредно друштво које ће обављати исту дјелатност коју је обављало и старо привредно друштво. Није незаконито ни да ново привредно друштво стекне имовину или дио имовине (која је неопходна за наставак обављања дјелатности) старог привредног друштва, било прије отварања стечаја над старим привредним друштвом или куповином дијелова имовине у стечају (или чак куповином стечајног дужника као правног лица). Ипак, уколико се имовна преноси на ново привредно друштво знатно испод тржишне вриједности, уколико се друштво намјерно доводи у стање инсолвентности како би се избјегло плаћање обавеза према повјериоцима (укључујући запослене и државу), уколико директори крше дужности према друштву и сл., тада говоримо о понашању које је незаконито. Стога, можемо закључити да феномен који описујемо као „Феникс компанија“ може бити законит начин наставка пословања или незаконито понашање којим се оштећују повјериоци.

Феникс аранжмани се јављају у два облика: основни облик који подразумијева сукцесивно оснивање нових привредних друштава од стране лица која су били чланови или су управљали претходним привредним друштвом (или од стране са њима повезаних лица) и тзв. софистицирани облик који подразумијева коришћење једног привредног друштва унутар групе, које је поткапитализовано и нема имовину, на које се „гомилају“ обавезе према повјериоцима, запосленима и пореским органима (*Anderson, Ramsay, O'Connel, Welsh, Withers, 2015: 1-2*).

Већ смо рекли да се Феникс активност јавља искључиво код друштава у којима чланови не одговарају за обавезе друштва (друштвима капитала). Наше је увјерење да се основни облик Феникс активности одвија најчешће у друштвима са ограниченом одговорношћу, при чему је старо привредно друштво једночлано друштво у коме је једини члан истовремено и директор друштва (енгл. *single member – single director company*) или се ради о привредним друштвима са малим бројем чланова који су међусобно

блиско повезани (породичним или пријатељским везама, заједничким финансијским интересима и сл.), а код којих је такође један од чланова истовремено и директор друштва. Дакле, ријеч је о друштвима код којих у економском смислу не постоји јасно разграничење својине над друштвом од својине друштва (Радовић, 2010: 30).

Најважнија карактеристика феникс активности јесте да лица која су имала контролу над старим привредним друштвом имају контролни утицај над управљањем и вођењем послова у феникс компанији. Међутим, на питање да ли иста лица имају контролу и над старим и над новим друштвом, неће увијек бити једноставно дати одговор. Као што су још Берле и Минс (*Adolf Berle, Gardiner Means*) истакли „контрола је неухватљив концепт, јер моћ често не може строго да се издвоји или јасно одреди“ (*Berle, Means, 1991: 82*). Најједноставнија ситуација, код основног облика феникс активности, јесте када ново друштво оснивају иста лица која су била оснивачи – чланови старог привредног друштва. Поред тога, ново привредно друштво могу основати физичка лица повезана са члановима старог привредног друштва: супружници, дјеца, родитељи, браћа и сестре, блиски пријатељи и сл. Могуће је и да се директор старог друштва (уколико то није био нико од чланова друштва), јави као оснивач новог привредног друштва. У сваком случају, власници старог привредног друштва настављају да *de facto* контролишу ново друштво преко ових лица (остају тзв. директори у сјенци¹⁰). Поред тога, могуће је да оснивачи – чланови или са њима повезана лица оснују друго привредно друштво преко кога ће основати феникс компанију, или то могу учинити преко неког већ постојећег друштва које је под њиховом контролом. Код софистициране феникс активности, матично друштво користи зависно друштво унутар групе – које контролише директно, или индиректно, преко других повезаних друштава – да на њега гомила дугове према запосленима, пореским органима и другим повјериоцима, којих ће се „ослободити“ кроз стечај овог друштва. Зависно друштво је уобичајено поткапитализовано и нема значајнију имовину или се она „извлачи“ на друга друштва унутар групе прије отварања стечајног поступка, али запошљава раднике који фактички обављају рад у другим повезаним друштвима.

10 Скривени директори (енгл. *shadow directors*) нису лица која формално заузимају одређену позицију у компанији, која није увијек чланство у борду директора (управни или извршни одбор), јер ова лица имају самим тим одговарајуће дужности и одговорности, без обзира на то како се називају: директор, менаџер, члан борда, *officers, trustees*, итд. Уобичајено је да се у судској и пословној пракси сматра да се на тој позицији налази лице које директно или преко неког другог лица врши континуирано један утицај и то самостално на управљање одређеним друштвом, било да то чини под окриљем или умјесто његових легалних заступника. Вид. Васиљевић, 2013: 202.

С обзиром на све наведено, јасно је да би приликом утврђивања да ли су старо привредно друштво и феникс компанија под контролом истих лица, сам појам контроле требало схватити на најшири начин – тако да обухвати директну и индиректну, правну и фактичку контролу. Овдје би могла послужити дефиниција повезаних лица, коју Закон о порезу на добит усваја за потребе правила о трансферним цијенама, према којој је једно лице повезано са другим када оно, непосредно или посредно, учествује у управљању, контроли или капиталу другог лица или када исто лице/лица учествују непосредно или посредно у управљању, контроли или капиталу оба лица. При томе је потребно да то лице/а посједују најмање 25% акција/удјела у другом правном лицу или да имају фактичку могућност контроле пословних одлука другог лица. Сматра се да лице има фактичку могућност контроле над пословним одлукама другог лица када: има или контролише 25% или више гласачких права у другом правном лицу; има контролу над састављањем одбора директора другог правног лица; има право на учешће у добити другог лица од 25% или више; је члан породице или повезано лице са чланом породице или *на други начин има фактичку контролу над пословним одлукама другог лица*.¹¹ У том смислу, уколико би старо привредно друштво и феникс компанија испуњавали наведене услове, могло би се сматрати да су под контролом истих лица.

Још једна карактеристика феникс компаније јесте да се она оснива под истим или сличним пословним именом као и старо друштво, како би се сачувала репутација старог привредног друштва (енгл. *goodwill*) и привид континуитета у пословању. С обзиром на то да Закон о регистрацији пословних субјеката забрањује упис два пословна субјекта под истим или сличним називом као елементом пословног имена,¹² пословно име старог привредног друштва се може измијенити непосредно прије оснивања новог привредног друштва, чиме се избјегава ово ограничење. Друга могућност је пренос пословног имена са „старог“ на ново привредно друштво. Услов је да се на ново друштво преноси најмање 30% књиговодствене вриједности имовине исказане у посљедњем годишњем билансу стања, али с обзиром на то да се имовина редовно преноси на ново привредно друштво, тај услов неће бити тешко испунити.¹³ Нека законодавства (нпр. Нови Зеланд и Уједињено Краљевство) се супротстављају феникс

11 Закон о порезу на добит, *Службени гласник Републике Српске* бр. 94/15, 1/17, 58/19, чл.31.

12 Закон о регистрацији пословних субјеката, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 67/2013, 15/2016, 84/2019, чл. 12.

13 Закон о привредним друштвима, *Службени гласник Републике Српске*, бр.127/2008, 58/2009, 67/2013, 100/2017, 82/2019, у даљем тексту: ЗОПД, чл. 24.

активностима одредбама које се заснивају управо на овој карактеристици феникс компанија, с циљем да се спријечи искоришћавање *goodwill*-а старе, инсолвентне компаније (*Hannigan*, 2012: 659). Тако, енглески Стечајни закон¹⁴ лицу које је у посљедњих 12 мјесеци прије отварања поступка стечаја над компанијом било директор и скривени директор компаније забрањује да у наредних пет година управља другом компанијом са „забрањеним именом“ или да обавља дјелатност под „забрањеним именом“ у некој другој форми (осим компаније). Под забрањеним пословним именом се сматра име под којим је компанија била позната у периоду од 12 мјесеци прије отварања поступка стечаја или именом које је тако слично да указује на повезаност са старом компанијом. За кршење овог правила предвиђене су кривичноправне санкције – новчана казна и/или казна затвора. Поред тога, енглески Стечајни закон предвиђа личну и неограничену одговорност лица које прекрши наведено правило за све дугове које (нова) компанија стекне за вријеме док је ово лице управљало компанијом.¹⁵ Ипак, проблем са овим институтом је што има потенцијал да спријечи легитимну феникс активност, код које је пожељно да се искористи преостали *goodwill* старог привредног друштва, док је отворено питање његове ефикасности у спречавању незаконите и проблематичне феникс активности.

Феникс активност по правилу укључује пренос имовине са старог привредног друштва на феникс компанију. Уколико се овај пренос обавља по цијенама знатно испод тржишних, то је јасан индикатор незаконите феникс активности. Ипак, незаконита феникс активност се може реализовати и без преноса имовине. Могуће је да је природа дјелатности у којој се одвија феникс активност таква да привредно друштво не мора имати просторије и опрему за њено обављање (нпр. професионалне услуге попут финансијског савјетовања и сл.). Поред тога, могуће је да једно друштво унутар групе нема просторије и опрему које су му иначе потребне за обављање дјелатности, па их узима у закуп, односно на лизинг од других друштава унутар исте групе.

Жртве феникс активности су необезбијеђени повјериоци, али су неки од њих нарочито рањиви на феникс активност. На првом мјесту је држава за потраживања по основу јавних прихода, која редовно остају неизмирена у „успјешним“ феникс аранжманима.¹⁶ Наиме, држава је у односу на потраживања по основу јавних прихода невољни повјерилац, јер не може

14 *The Insolvency Act 1986 (UK IA)*, s216.

15 *UK IA*, s. 217.

16 У Великој Британији се феникс активност третира управо као избегавање плаћања пореза, односно пореска евазија злоупотребом стечаја. Види: <https://commonslibrary.parliament.uk/research-briefings/cbp-8802/>

бирати са ким ће „пословати“ (за разлику од осталих повјерилаца, који имају ту могућност) и није свјесно пристала на ризик инсолвентности дужника (*McCormack, Keay, Brown, 2017: 121*). Поред тога, порески органи не могу ефективно надзирати пословање свих пореских обвезника и процијенити ризик наступања инсолвентности (*Ibid.*). За разлику од државе, запослени су тзв. вољни повјериоци (вољно и свјесно ступају у правни однос са дужником), али се по особеностима свог положаја све више приближавају невољним повјериоцима (нпр. жртвама из деликта) (Вишекруна, 2016: 78). Они не могу да диверзификују своје активности, тј. да закључују уговоре о раду са више лица, што значи да не могу да умање ризик солвентности послодавца нити да се на други начин ефикасно обезбиједи (Радовић, 2018а: 177). Асиметрија информација и недовољан степен преговарачке моћи спречава их да се ефикасно заштите од евентуалних ризика пропасти компаније, па иако закључују уговор они не могу да искористе сва средства *ex ante* заштите која су иначе доступна повјериоцима (Вишекруна, 2018: 78). Усљед феникс активности запослени не само да губе запослење, као основни извор прихода, већ остају ускраћени за потраживања која су стекли по основу радног односа, чиме је угрожена њихова егзистенција. Ово је нарочито случај у државама у којима се потраживања запослених у стечају штите само тзв. системом привилегија (односно установљавањем привилегованих потраживања запослених која се приоритетно измирују у стечајном поступку), јер послодавац – старо привредно друштво над којим је отворен стечајни поступак, редовно нема никакву имовину која би могла служити за намирење повјерилаца, чак ни привилегованих.¹⁷ Посљедице по запослене су нешто мање у државама које потраживања запослених штите путем гарантне институције, међутим на овај начин се терет феникс активности само пребацује са појединих запослених на државу (односно пореске обвезнике), нарочито у системима у којима се гарантне институције финансирају из буџета, као што је то случај са Републиком Србијом.¹⁸ С обзиром на рањивост ових категорија повјерилаца, заштита њихових потраживања би требало да има посебан третман приликом евентуалног регулационог феникс активности (*Anderson, 2017: 126*).

17 Концепт заштите запослених искључиво путем привилегија усвојен је у стечајном законодавству Републике Српске, те су потраживања запослених стечајног дужника из радног односа за посљедњих 12 мјесеци до дана отварања стечајног поступка, у висини најниже плате и обрачунатих доприноса на најнижу плату, сврстани у виши исплатни ред, и намирују се одмах по намирењу трошкова стечајног поступка, дугова стечајне масе и потраживања која потичу из времена привремене управе, а која нису могли намирити ни привремени стечајни управник ни стечајни управник. Вид. ЗОС, чл. 87.

18 Вид. Закон о раду, *Службени гласник Републике Србије* бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 12/2017 – одлука Уставног суда и 113/2017 (ЗОР Србије), чл. 128 и 137.

Све наведено указује на разноврсност феникс активности, због чега је немогуће дати прецизну дефиницију овог појма. Умјесто дефиниције, утврдићемо одређене индикаторе феникс активности, при чему је важно имати на уму да не морају сви индикатори бити присутни у свим случајевима феникс активности:

- 1) привредно друштво (по форми најчешће друштво са ограниченом одговорношћу или, евентуално, затворено акционарско друштво) престаје да постоји кроз поступак стечаја или постаје неактивно (тзв. „успавана“ привредна друштва) – зовемо га „старо привредно друштво“.
- 2) највећи дио неизмирених обавеза старог привредног друштва односи се на потраживања јавних прихода и потраживања запослених;
- 3) у стечајном поступку се утврђује недостатак или недовољност стечајне масе;
- 4) лица која су имала контролу над старим привредним друштвом, настављају обављање исте дјелатности преко новог привредног друштва – феникс компаније;
- 5) лица која су имала контролни утицај на управљање и вођење послова у старом привредном друштву имају (*de facto* или *de iure*) контролу над феникс компанијом;
- 6) имовина (или дио имовине неопходан за наставак пословања) старог привредног друштва је пренесена на феникс компанију;
- 7) феникс компанија обавља исту дјелатност као и старо привредно друштво;
- 8) феникс компанија има исто или слично пословно име као старо друштво.

Наведени индикатори служе за детекцију феникс активности, али на основу њих не можемо утврдити да ли се ради о законитој и прихватљивој, проблематичној или незаконитој феникс активности. Стога ћемо у сљедећем поглављу одредити врсте феникс компанија, како бисмо указали на најважније разлике између ових појавних облика.

4. Врсте феникс компанија

Постоји најмање пет врста феникс аранжмана, од којих је један законит и легитиман, три су незаконита, а један је „проблематичан“, тј. налази се у сивој зони (*Anderson et al*, 2015: 1-2). Свих пет врста феникс активности може да се јави било у основном облику или у софистицираном облику феникс аранжмана.

4.1. Законита и легитимна феникс активност

Када се привредно друштво нађе у финансијским тешкоћама, оно може покушати да их превазиђе на различите начине: статусним пројенама, продајом дијела имовине трећим лицима, затварањем непрофитабилних погона, отпуштањем вишка радника, неформалним преговорима са кључним повјериоцима ради редефинисања дужничко – повјерилачких односа и сл. Поред тога, лица која управљају старим, инсолвентним друштвом, могу покушати да наставе пословање оснивањем новог привредног друштва, на које ће пренијети сву или дио имовине старог привредног друштва која им је неопходна за наставак пословања. Поред имовине, ново привредно друштво најчешће преузима и запослене, клијенте и добављаче, пословни углед, структуру менаџмента, организациону структуру и сл. Уколико ново привредно друштво стекне имовину старог привредног друштва по цијенама „ван дохвата руке“¹⁹, онда наставак пословања преко новог привредног друштва у власништву истих лица може представљати најповољнији исход за повјериоце, запослене (који ће сачувати запослење), државу (јер наставља да убире порезе од новог, економски здравог, привредног друштва) и друштво у цјелини. Наиме, лица која су управљала друштвом могу имати посебна знања и искуства о производима, производним процесима, опреми, најбоље познавати тржиште, имати контакте са клијентима и добављачима са којима би наставили обављати дјелатност, те могу имати највећу шансу да успију други пут. Историја је пуна прича о предузетницима који су банкротирали на путу до успјеха. *Henry Ford, Walt Disney, Charles Goodyear, Henry Heinz (Roach, 2010: 91)* само су нека од имена која показују да се из пословних промашаја могу научити значајне лекције и касније постићи импресивни пословни резултати. У том смислу, можемо рећи да овај облик феникс активности представља пожељан модалитет економско – финансијског оздрављења предузећа кроз наставак обављања дјелатности на тржишту преко новог привредног друштва. Стога, законодавац не треба ни на који начин да онемогућава овај облик феникс активности јер она јача предузетништво и рационално преузимање ризика, подстиче иновативност и економски раст (*Ibid, 94*).

Да би феникс компанија представљала законито и пожељно понашање, основни услов је да лица која имају дужности према друштву, а нарочито директори и чланови управе, те контролни чланови/акционари нису

19 Цијена „ван дохвата руке“ (енгл. *arm's length principle*) постоји уколико су услови под којима се трансакције са повезаним лицима обављају не разликују од услова који би постојали између неповезаних лица у упоредивим трансакцијама обављеним под упоредивим околностима. Види чл. 32 Закона о порезу на добит.

повриједили дужности према друштву, да привредно друштво није злоупотријебљено (односно да нису испуњени услови за пробијање правне личности), да су ликвидациони или стечајни управник старог привредног друштва поступали савјесно и да нису повриједили своје дужности према друштву, односно повјериоцима, да лица која су имала контролу над старим привредним друштвом нису предузимала правне радње којима се оштећују повјериоци, да стечај старог привредног друштва није проузрокован са намјером избјегавања плаћања обавеза и сл.

С обзиром на наведено, можемо закључити да су кључне карактеристике феникс активности као механизма за очување пословања (енгл. *business rescue*):

- 1) старо привредно друштво је постало инсолвентно усљед околности које се не могу приписати кривици лица која су управљала друштвом,
- 2) преношење имовине на ново привредно друштво је извршено по цијенама „ван дохвата руке“,
- 3) наставак пословања преко новог привредног друштва и стечај старог привредног друштва представља повољнију опцију за повјериоце, запослене и државу.

4.2. Проблематична феникс активност (неспособан али упоран оснивач)

Код проблематичне феникс активности, такође, не постоји намјера лица која су управљала старим привредним друштвом да оштете повјериоце и избјегну плаћање обавеза кроз стечај друштва, али циклично довођење привредних друштава до инсолвентности и оснивање нових привредних друштава с циљем наставка пословања, од стране (*de iure* или *de facto*) истих лица доводи до негативног исхода за повјериоце. Дакле, кључни индикатор проблематичне феникс активности јесте број пословних неуспјеха које је имало одређено лице, које нема лошу намјеру, али има слабе пословне вјештине и одбија да научи лекцију из претходних промашаја. Други индикатор проблематичне феникс активности је трошак који су претрпјели необезбијеђени повјериоци, запослени и држава од сваког пословног неуспјеха, односно проценат у коме су њихова потраживања остала ненамирена (*Anderson, 2015: 135*). Дакле, ријеч је о понашању које није незаконито, али је непожељно јер оштећује повјериоце, нарушава конкуренцију, те има негативне ефекте по друштво у цјелини.

С обзиром на то да овдје не постоји кривица (несавјесно поступање) одређеног лица, потребно је да инструменти против ове врсте феникс

активности буду калибрирани тако да њихова примјена не зависи од утврђивања намјере, непажње или крајње непажње одговорног лица, него да се примјењују чим се стекну одређени објективни услови, при чему неће онемогућити оне који су из претходног пословног краха „научили лекцију“ да покушају поново (Anderson, 2017: 125). Примјер таквог инструмента је лична и неограничена одговорност директора, скривених директора и одређених лица повезаних са компанијом за пореске обавезе (нове) компаније у случају феникс активности, која је у марту 2020. године усвојена у Великој Британији. Услови за успостављање личне и неограничене одговорности су: да је лице у периоду од 5 година, имало „релевантну везу“ са најмање двије компаније над којима је отворен стечај и које су имале значајне пореске обавезе у вријеме отварања стечаја (над старом компанијом), те да је то лице имало „релевантну везу“ са другом компанијом током тих 5 година, која је наставила да обавља сродну дјелатност као старе компаније и да је бар једна од старих компанија имала пореске обавезе које прелазе 10.000 фунти и представљају најмање 50% укупних потраживања повјерилаца.²⁰ У теорији је предложено увођење института рестрикције директора који има за циљ ограничавање права одређеног лица на управљање привредним друштвима на одређен период, уколико је то лице вршило управљање у најмање 5 компанија које су „пропале“ или су остале „успаване“ или су избрисане из регистра у посљедњих 10 година (Welsh, Anderson, 2017: 23). Дакле, овај институт би се примјењивао аутоматски, када се испуне објективни услови на основу којих се одређено лице може окарактеристи као проблематичан „серијски предузетник“.

Домаће право не познаје овакве институте, међутим кроз одредбе Закона о пореском поступку о ускраћивању јединственог идентификационог броја (ЈИБ) пореског обвезника, посредно се спречава регистрација привредног друштва уколико је оснивач правно или физичко лице које има доспјеле а неизмирене пореске обавезе, или лице које је истовремено члан другог правног лица са удјелом од најмање 25% а то друго правно лице има доспјеле а неизмирене пореске обавезе.²¹ Ипак, наведена одредба се лако може заобићи, кориштењем лица повезаних са оснивачима, тако да нема значајнији домет у спречавању проблематичне или незаконите феникс активности.

20 Вид. Finance Bill UK, Schedule 13, (Repeated insolvency and non-payment cases), <https://publications.parliament.uk/pa/bills/cbill/58-01/0142/20142.pdf>

21 Закон о пореском поступку Републике Српске, *Службени гласник Републике Српске* бр. 102/2011, 109/2011, 67/2013, 31/2014, 44/2016, 11/2019 – Одлука Уставног суда У-30/19, 38/2019 – Одлука Уставног суда У-43/18, чл. 22а.

4.3. Незаконита феникс активност типа 1 – оснивачи су имали намјеру да друштво успјешно послује

Код овог облика незаконите феникс активности, лица оснивају привредно друштво у доброј вјери, са намјером да оно послује успјешно. Међутим, како привредно друштво долази у финансијске проблеме, код њих се формира намјера да избјегну плаћање дугова (*Anderson et al.*, 2015: 15). Обично ће своју намјеру реализовати преношењем имовине старог привредног друштва на ново (повезано) привредно друштво и то редовно испод тржишне цијене. На тај начин старо привредно друштво за своју имовину не добија ону вриједност коју би требало, те се у стечајном поступку ни повјериоци не намирују у оном обиму у коме би се намирили да ових трансакција није било.

На овај начин лица која управљају друштвом крше дужности према (старом) привредном друштву, прије свега дужност пажње и дужност лојалности, те би могли бити одговорни друштву за накнаду штете коју тиме проузрокују. Поред тога, преношење имовине на друго привредно друштво може бити предмет побијања у стечајном поступку уколико се тим преношењем оштећују повјериоци.

4.4. Незаконита феникс активност типа 2 – феникс као пословни модел

Код овог облика незаконите феникс активности, лица оснивају привредно друштво са намјером да то друштво искористе у свом феникс аранжману. Дакле, они не оснивају друштво с циљем обављања привредне дјелатности ради стицања добити, већ имају намјеру да ово друштво постане инсолвентно како би се кроз стечај ослободили обавеза према повјериоцима. Овај облик феникс активности се најчешће јавља у оквиру групе привредних друштава (софистицирана феникс активност), на начин да се на једно друштво гомилају обавезе према повјериоцима (првенствено према запосленима и држави), при чему оно нема имовину која би могла служити за измирење тих обавеза. Код овог облика феникс активности, поред кршења дужности према друштву од стране матичног привредног друштва или њених директора према зависном друштву, редовно ће постојати злоупотреба старог привредног друштва, односно биће испуњени услови за пробијање правне личности.²²

22 Овај облик феникс активности се може подвести под изигравање циљева друштва као један од основа по којима се у судској пракси прихватао пробијање правне личности. Наиме, уколико друштво представља само средство чланова за задовољење других интереса, а не циљева друштва, тада је ријеч о фиктивном друштву које

Кључне карактеристике феникс компаније као пословног модела су: намјера избјегавања плаћања обавеза већ од момента оснивања привредног друштва, систематско и циклично понашање, може укључивати трансакције између старог привредног друштва и феникс компаније које су знатно испод тржишних цијена, може укључивати намјерно поткапитализовање зависног привредног друштва у групи, крши један или више закона, штетно је за повјериоце и друштво у цјелини (*Anderson et al.*, 2015: 24).

4.5. Комплексна феникс активност

Овдје је такође ријеч о незаконитој феникс активности типа 2, али феникс активност прати вршење различитих кривичних дјела, као што је прање новца, фиктивне трансакције, проузроковање лажног стечаја и сл. Наведени облик феникс активности излази изван оквира овог рада, те неће бити даље анализиран.

5. Закључак

Ограничена одговорност чланова у друштвима капитала представља фундаментални принцип компанијског права. Иако ограничена одговорност има бројне и несумњиве предности, она је истовремено створила могућност за различите злоупотребе. Једна од тих злоупотреба јесу феникс компаније – феномен рађања новог привредног друштва из пепела друштва претходника које је постало неспособно да измирује обавезе према повјериоцима. С обзиром на разноликост облика у којима се јавља феникс активност, од којих су неки законити и прихватљиви (чак пожељни), а неки незаконити, јасно је да је немогуће дати прецизну дефиницију феникс активности јер би сваки покушај дефиниције створио простор за нове, креативне феникс аранжмане који ће бити у складу са словом закона, али којима ће се постићи исти забрањени циљ – избјегавање плаћања обавеза према повјериоцима. Стога смо у овом раду описали феникс активност, представили њене основне карактеристике и понудили одређене индикаторе који треба да помогну у откривању феникс активности, при чему на основу њих не можемо одредити да ли се ради о законитој и прихватљивој, проблематичној или незаконитој феникс активности. С циљем разграничавања пожељних и незаконитих

представља „чисту фасаду“ усмјерену ка изигравању основних циљева друштва и његових повјерилаца. Изигравање циљева друштва се најчешће у пракси препознаје у ситуацијама када је друштво коришћено искључиво зарад задуживања, а потом су остварена средства „извлачена“ из имовине друштва. Види више: М. Радовић, 2018: 146.

феникс аранжмана, у раду смо описали пет различитих облика феникс активности и указали на њихове основне карактеристике: 1) законита и прихватљива феникс активност која се предузима са циљем очувања пословања; 2) проблематична феникс активност која подразумева „серијског предузетника“ који није способан да научи лекцију из претходних пословних промашаја, 3) незаконита феникс активност у којој јепривредно друштво основано с намјером да успјешно послује, али када се нађе у финансијским проблемима његови власници одлуче да избјегну плаћање обавеза према повјериоцима, 4) феникс као пословни модел, када се привредно друштво не оснива ради обављања привредне дјелатности у циљу стицања добити, него је намјера његових оснивача од самог почетка да се друштво искористи (злоупотријеби) за избјегавање обавеза према повјериоцима, те 5) комплексна феникс активност која укључује вршење различитих кривичних дјела.

Феноменом феникс компанија се посљедњих година интензивно баве Влада Аустралије и Велике Британије, али према нашем увјерењу проблем је присутан у значајном обиму у свим државама региона, што је првенствено посљедица неповољног пословног окружења. Упркос томе, овом проблему се није приступало систематично и свеобухватно, тако да постојећи правни институти нису довољно ефикасни у спречавању или отклањању штетних посљедица ове појаве.

Литература/References

Anderson, H. O'Connel, A. Ramsay, I. Michelle, W. Hannah, W. (2015). *Defining and profiling Phoenix Activity*, Melbourne: Melbourne Law School.

Anderson, H. (2015). Profiling phoenix activity: A new taxonomy, *Company and Securities Law Journal*. 33, 133–137.

Anderson, H. (2017). Corporate law and the phoenix company. У: Tomasic, R. (ed) *Routledge Handbook of Corporate Law*. Abingdon, Oxon, New York: Routledge, 114–127.

Blumberg, P. (1985). Limited Liability and Corporate Groups. *Journal of Corporation Law*. 11, 573–631.

Easterbrook, H. F. Fischel, R. D. (1985). „Limited Liability and the Corporation. *University of Chicago Law Review*. 52, 89–117.

Hannigan, B. (2012). *Company Law 3rd Edition*. Oxford: Oxford University Press.

Живковић, М. (2016). *Право побујања дужникових правних радњи*. Докторска дисертација. Београд: Универзитет у Београду – Правни факултет.

Јевремовић Петровић, Т. (2014). *Групе привредних друштава*. Београд: Центар за издаваштво и информисање, Универзитет у Београду – Правни факултет.

McCormack, G. Keay, A. Brown, S. (2017). *European Insolvency Law: Reform and Harmonization*. Chetlenham[UK] и Northampton [USA]: Edward Elgar Publishing.

Millon, K. D. (2007). Piercing the Corporate Veil, Financial Responsibility and the Limits of Limited Liability. *Emory Law Journal*. 56(5), 1305–1381.

Радовић, М. (2018). *Пробијање правне личности у стечајном поступку*. Београд: Центар за издаваштво и информисање, Универзитет у Београду – Правни факултет.

Радовић, В. (2018а). *Стечајно право – књига прва*. Београд: Центар за издаваштво и информисање, Универзитет у Београду – Правни факултет.

Радовић В. (2018). *Стечајно право – књига друга*. Београд: Центар за издаваштво и информисање, Универзитет у Београду – Правни факултет.

Радовић, В. (2010). О оправданости института дисквалификације директора. *Право и привреда*. 1-3, 25–56.

Roach, M. (2010). Combating the Phoenix Phenomenon: An Analysis of International Approaches. *eJournal of Tax Research*. 8(2), 90–127.

Spariosu, Ž. T. (2016). *Теоријска и емпијска анализа ефикасности стечајног процеса – докторска дисертација*. Београд: Универзитет у Београду – Економски факултет.

Васиљевић, М. (2012). *Компанијско право – Право привредних друштава*. Београд: Центар за издаваштво и информисање, Универзитет у Београду – Правни факултет.

Васиљевић, М. (2013). *Корпоративно управљање – изабране теме*. Београд: Удружење правника у привреди Републике Србије.

Васиљевић, М. (2014). *Трговинско право*. Београд: Удружење правника у привреди Републике Србије.

Michelle, W. Helen, A. (2017). Director Restriction: An Alternative to Disqualification for Corporate Insolvency. *Company and Securities Law Journal*. 37(1), 23.

Irena Radić,
Teaching Assistant,
Faculty of Law, University of Banja Luka,
Republika Srpska, Bosnia & Herzegovina

THE PHOENIX IS RISING AGAIN

Summary

The separation of company assets from the assets of its shareholders and the limited liability of company shareholders are two fundamental principles of company law. The principle of limited liability places a “corporate veil” between the company and its shareholders, protecting them from personal responsibility for corporate obligations. It also enables investors to limit their exposure to potential loss to their actual investment in company and to shift the risk of corporate insolvency to the business’s creditors. By creating incentives for business ventures, the “corporate veil” of limited liability principle is beneficial to corporate shareholders and the society in general. However, it also opens the door for different kinds of abuses, one of which is embodied in the emergence of “phoenix” companies.

A “phoenix” company is usually defined as a new company that arises from the ashes of its failed predecessor, taking over its assets and continuing its business, usually under the same or similar name, and with the same (de facto or de iure) controllers. The phenomenon of “phoenixism” encompasses a range of activities, some of which are legitimate and lawful means of saving the business in financial distress, while others are illegal and constitute an abuse of the corporate limited liability form and the abuse of insolvency and tax law; there are also different shades of grey in between the two. The aim of this paper is to describe the conceptual framework of “phoenix” companies, present the main indicators for detecting their activities, and categorise the various types of phoenix activity, with the aim of distinguishing between the harmful and beneficial “phoenixing”.

Keywords: *“phoenix” companies, limited liability, abuse of corporate limited liability form, abuse of insolvency, tax avoidance.*