

*Проф. др Илија Бабић,
судија Савезног суда, Београд*

Уговор о оснивању ортачког друштва

Појам

Ортачко друштво је, према решењу Закона о предузећима - ЗОП¹⁾, предузеће, које има облик привредног друштва, а оснива се као друштво лица.²⁾ Својство правног лица ово друштво стиче уписом у судски регистар.³⁾ Такође, ортачко друштво престаје постојати брисањем из судског регистра. Упис или брисање из судског регистра има конститутивно и облигационо дејство због чега се назива и јавно трговачко друштво.⁴⁾ Наше право је усвојило нормативни систем оснивања ортачког друштва. Сходно томе, ортачко друштво ће бити уписано у судски реги-

1. "Службени лист СРЈ", бр. 29/96, 33/96, 29/97, 74/99.
2. Назив "Закон о предузећима" ни у време доношења није био примерен. Највећи број одредаба ЗОП регулише, уствари, привредна друштва, а мали број друштвено предузеће (9 чланова) и јавно предузеће (2 члана). Име закона је, међутим, одређено према још увек економски доминантној улози друштвених и јавних предузећа.
3. У Закону о трговачким друштвима Француске (ЗТДФ) је, такође, усвојен став да су трговинска друштва правна лица. Она стичу правни субјективитет од часа њиховог уписа у судски регистар - види члан 5. став 1 тог закона. Ортачко друштво у већини правних система нема својство правног лица. Оснивањем ортачког друштва не ствара се посебан правни субјект одвојен од својих чланова. Тај концепт је најдоследније развијен у немачком праву - в. др Стеван Шогоров, *Ортачко друштво - правни субјективитет и имовина*, "Зборник радова Нови уговори од значаја за привредни развој Југославије", Институт за упоредно право и Привредна комора Југославије, Београд, 1995, страна 252; др Вилим Горенц, *Закон о трговачким друштвима*, II дио, "Водич за читање закона", Организатор, Загреб, 1995, стр. 47. и 48.

стар ако су испуњене претпоставке за његово оснивање одређене законом. С обзиром да је ортачко друштво предузеће може се основати само ако му је првенствени циљ обављање делатности ради стицања добити. У смислу ЗОП делатност обухвата производњу и промет робе и вршење услуга на тржишту.

Уговором о оснивању ортачког друштва два или више физичких лица се обавезују да удруже имовинска права и свој рад, уз сопствену неограничену солидарну одговорност за обавезе друштва и да обављају одређену делатност под заједничком фирмом (в. члан 105. ЗОП).

У правној литератури се истиче да је ортачко друштво типичан облик за мала и средња предузећа јер представља добру комбинацију улога капитала, рада и сигурности за трећа лица да ће им обавезе бити испуњене.⁵⁾

2. Примена правних правила

На уговор о оснивању ортачког друштва примењују се правила о уговору о ортаклуку, ако уговором о оснивању није друкчије одређено (члан 106. ЗОП).

Уговор о грађанском ортаклуку, међутим, није регулисан позитивним правом. На основу члана 4. Закона о неважности правних прописа донетих пре 6 априла 1941. године и за време непријатељске окупације⁶⁾ на односе из уговора о грађанском ортаклуку примењују се правна правила садржана у прописима који су изгубили правну снагу (в. чл. 2. и 3. тог закона). На просторима бивше СФРЈ то су били: Српски грађански законик из 1844. године (СГЗ), Општи имовински законик из 1888. године (ОИЗ) и Аустријски грађански законик из 1811. године (АГЗ). Наведени законици нису идентично регулисали уговор о грађанском ортаклуку, те се и сада поставља питање да ли се на овај институт примењују само правна правила из СГЗ и ОИЗ или се могу применити и правила из других законика који нису важили на овом подручју? Судска пракса и правна књижевност је, пре више деценија, заузела став који се примењује и на уговор о грађанском ортаклуку, да се на односе које нису регулисани позитивним правом, могу применити правна правила из законика који су важили и на другим подручјима Југославије.⁷⁾

4. Види на пример, др Вилим Горенц, *ibidem*; параграф 104. став 1. Трговачког закона Краљевине Југославије из 1937, (ТЗКЈ); члан 68. Закона о трговачким друштвима Хрватске - ЗТДХ ("Народне новине Хрватске", број 111/93).

5. Др Вилим Горенц, *ibidem*, страна 49.

6. "Службени лист ФНРЈ", бр. 86/46.

7. Види: др Михаило Константиновић, *Сџара "правна правила" и јединство права*, у књизи "Зборник грађанских законика старе Југославије", Титоград, 1960. године, страна 5. и судску праксу коју на том месту наводи.

3. Уговор о ортачком друштву и уговор о (грађанском) ортаклуку

Ортачко друштво, а најчешће и грађански ортаклук заснивају се ради стицања зараде и њене поделе те се намеће потреба разграничења ова два института. Ова граница је у нашем праву уочљива.

Законици који регулишу трговинске и облигационе односе, углавном, не садрже одредбе које изричито разграничавају ова два института, али то произилази из њихове садржине. Потпуније критерије за разграничење грађанског и трговачког ортаклука, на пример, предвиђају Швајцарски законик о облигацијама (ШвЗО) и Француски грађански законик (ФГЗ). Члан 530. став 2. ШвЗО прописује: "... удруживање је грађански ортаклук када не показује битне особине некога од других облика ортаклука који су законом предвиђени". Сличне одредбе садржи члан 1845 ФГЗ: "Имају грађански карактер сва друштва којима закон не прописује друкчији карактер због њихове форме, њихове природе или њиховог предмета".

ЗОП не дефинише уговор о грађанском ортаклуку али у члану 106. предвиђа да се на уговор о оснивању ортачког друштва примењују правила уговора о ортаклуку, ако уговором о оснивању није друкчије одређено.⁸⁾ По општим обележјима грађански ортаклук је класични уговор облигационог права који, по правилу, има консенсуални карактер, а не уписује се у судски регистар. Успостављање грађанског ортаклука може бити мотивисано не само стицањем користи (вршењем грађанско правних послова) него и другим разлозима. Грађански ортаклук у нашем праву нема својство правног лица, а спорове између њега и трећих лица, као и њихове међусобне односе, разрешавају редовни судови по општим парничним правилима.⁹⁾

За разлику од грађанског ортаклука, ортачко друштво је институт трговинског права који настаје на основу писменог уговора.¹⁰⁾ Ортачко друштво правни субјективитет стиче уписом у судски регистар,¹¹⁾ а у нашем праву се сврстава у предузеће које је правно лице и обавља привредну делатност ради стицања добити (в. чл. 1. и 2. ЗОП).¹²⁾ Трговинске спорове расправљају у нашем праву привредни судови, а не судови опште надлежности.¹³⁾

8. Исто решење усвојено је у члану 102. Закона о предузећима Републике Српске - ЗОП РС ("Службени гласник РС", број 24/98) и члану 69. ЗТДХ.

9. Види чл. 488. до 491. ЗПП.

10. Види члан 105. ЗОП и др Мирко Васиљевић, "Трговинско право", Савремена администрација, 1995, стр. 126. Исто решење усвојио је и члан 70. став 1. Грађанског законика Руске Федерације из 1994 (ГЗРФ).

11. Види нпр: члан 108. ЗОП; члан 552. став 2. ШвЗО; параграф 106. Немачког грађанског законика (НТЗ); чл. 73. став 2. ГЗРФ.

12. Према одредбама чл. 553. ШвЗО ако друштво не обавља индустријску делатност по трговачким прописима, не постоји као ортачко друштво до момента уписа у трговачки регистар.

13. О разликама види потпуније: др Илија Бабић, *Грађански ортаклук - нека граница разграничења од трговачког ортаклука*, Зборник радова "Нови уговори", Београд, 1995. године.

4. Својства уговорних страна

Ортачко друштво се основа уговором (члан 105. ЗОП), али може настати и статусном променом (члан 436. ЗОП).¹⁴⁾ За закључење уговора морају постојати најмање две стране.¹⁵⁾ У нашем праву уговорне стране могу бити само физичка лица¹⁶⁾ без обзира да ли су или нису у крвном грађанском или тазбинском средству, односно да ли су брачни другови. Уколико су физичка лица основала ортачко друштво, с обзиром на природу одговорности за обавезе друштва, они не могу бити чланови још једног ортачког друштва нити комплементари у командитном друштву (члан 8. став 2, члан 9. став 2. и члан 168. ЗОП).¹⁷⁾ Физичко лице које закључује уговор може (а не мора) бити предузетник (члан 1. став 2. ЗОП).¹⁸⁾ Уговор о оснивању трговачког ортаклука могу закључити само потпуно пословно способна физичка лица.

ЗОП не одређује највећи број физичких лица која могу закључити уговор о оснивању ортачког друштва. Уговор закључују "два физичка лица или више физичких лица" (члан 105. ЗОП). Израз "више физичких лица" не би требало тумачити као велики број и сл. Ортачко друштво са великим бројем чланова, због карактера њихових односа, начина управљања друштвом, био би неприкладан за трговинску делатност због чега се таква друштва оснивају с мањим бројем чланова.¹⁹⁾ Поједини правни системи, међутим, омогућавају да чланови ортачког друштва буду и правна лица²⁰⁾.

14. Види: члан 105. ЗОП РС; члан 79. Закона о привредним друштвима МХ Ф; члан 71. ЗТДХ.
15. Такав став усваја англосаксонско али и континентално право - види нпр.: Smith and Keenans, "English Law", Pitman, 1987, страна 175; "Oxford dictionary of business", Oxford, 1996, страна 371; члан 552. став 1. ШвЗО; параграф 104. став 1. ТЗКЈ; члан 68. ЗТДХ; члан 101. ЗОП РС; члан 78. Закона о привредним друштвима Федерације БиХ - ЗПД ФБиХ ("Службене новине Федерације БиХ", број 23/99) итд.
16. Члан 115. раније важећег Закона о предузећима из 1988. предвиђао је да чланови ортачког друштва могу бити физичка и правна лица. Исто решење усвојено је у члану 82. став 1. ГЗРФ; члану 68. став 2. ЗТДХ; члану 78. ЗПД ФБиХ. Види и: др Вилим Горенц у књизи "Закон о трговачким друштвима", II дио, водич за читање Закона, Организатор, Загреб, 1995, страна 48.
17. Сличну одредбу садржи и ГЗРФ. Наиме, у члану 69. став 2. тог кодекса је одређено да лице може бити члан само једног трговачког ортаклука ("полное товаришество").
18. Према одредбама члана 10. став 1. ЗТДФ ортачко друштво (societe en nom collectif) могу засновати лица која имају својство трговца.
19. Др Јакша Барбић, *Друштво с неограниченом солидарном одговорношћу чланова*, "Право и привреда", бр. 11 - 12/1990, страна 721.
20. Члан 68. став 2. ЗТДХ је изричито прописао да члан друштва може бити свако физичко и правно лице, тј. и трговачко друштво. У том смислу је и параграф 104. став 2. ТЗКЈ прописао: "Другар може бити и трговачко друштво, ако му је фирма уписана у трговачки регистар". Иако то није изричито прописано могућност да члан ортачког друштва буде физичко и правно лице омогућавају и члана 10. став 1. ЗТДФ; члан 24. став 1. ГЗРФ; члан 78, а у вези са чланом 92. тачка 3. ЗПД МХ Федерације.

5. Обележја уговора

Уговор о оснивању ортакчког друштва има за првенствени циљ оснивање привредног друштва, уређивање међусобних односа ортака, али и односа ортакчког друштва као целине и чланова друштва према трећим лицима. Иако је садржина тог уговора, једним делом, уређена ЗОП-ом он представља уговор облигационог права. Поред обележја која су заједничка облигационим уговорима уопште, уговор о оснивању ортакчког друштва истиче се и по неким посебним карактеристикама.

5.1. Двострани или вишестрани уговор

У правној литератури преовладава мишљење да је уговор о ортаклуку двострано обавезни и теретни уговор. Истиче се да сваки ортак преузима обавезу уношења удела у ортакчу заједницу, а стиче право да учествује у деоби постигнуте користи. На уговор о ортаклуку примењују се сва правила која важе за двострано теретне уговоре. Сходно томе, сваки ортак одговара за правне и физичке недостатке ствари коју је унео у ортаклук као свој удео; за задоцњење у испуњењу обавеза, а има право и на *exceptio non adimpleti contractus* у погледу обавезе сваког ортака да унесе ортакчки удео.²¹⁾

Поједини правни писци оправдано истичу да се правила о двостраним (двострано обавезним) уговорима не могу у целости применити на уговор о ортаклуку. Наиме, у двостраном уговору постоје два учесника - "један према другоме, као два противника".²²⁾ Ако су уговор о ортаклуку закључила два физичка лица, он је двострано обавезан па се на њега примењују правила која важе за двостране (двострано обавезне) уговоре.

Уговор о ортаклуку, по правилу, закључује више учесника. Искрсава питање да ли ортак има право истицања приговора неиспуњења уговора ортакчком друштву (које од њега захтева испуњење уговора) због тога што неки од ортака није испунио своју обавезу. Истиче се да један ортак има обавезу према свим ортацима "укупно, а не према једном одређеном другару".²³⁾ Ортаци се уједињују ради остварења заједничког циља тако да уговору о ортаклуку могу доцније приступити и други ортаци, а под одређеним претпоставкама, уговор о ортаклуку може наставити дејство и с наследницима (в. члан 143. ЗОП). Сваки ортак, стога, дугује ортакчком друштву учешће ради постизања заједнички утврђеног циља. У случају да један ортак као поверилац захтева од другог ортака испуњење обавезе из уговора

21. Др Борислав Т. Благојевић, "Грађанско - правни облигациони уговори", Научна књига, Београд, 1952, страна 168; др Стеван Јакшић, "Облигационо право" II, Посебни дио: поједини типови облигационих уговора, Сарајево, без године; др Љубиша Милошевић, "Облигационо право", Научна књига, Београд, 1977, страна 390; др Мирса Мијачић, "Облигациони уговори", Савремена администрација, Београд, 1990, страна 159.

22. Лазар Марковић, "Облигационо право", НИУ Службени лист СРЈ, Београд, 1997, страна 658.

23. Ibidem.

"он може само тражити да се обавезе испуне према заједници, а не према њему".²⁴⁾ Супротно томе, ортак као дужник не дугује испуњење оном ортаку који тражи испуњење обавезе него ортачком друштву у целини. Пошто је један ортак у односу према свим осталим ортацима, а не поједином члану "он не може ставити захтјев према поједином ортаку, већ само према њиховом скупу".²⁵⁾ Ортак који је у ортачко друштво унео ствари и права одговара ортачком друштву као целини за правне и материјалне недостатке ствари.

Уговор о ортаклуку који броји више од два ортака је вишестрано обавезан али тако да сваки ортак преузима обавезу према ортачком друштву као целини. Сваки уговарач одговара за правне и материјалне недостатке испуњења који се нпр. састоји у предаји ствари, преношењу права или раду (члан 121. у вези са чл. 478. до 515. ЗОО).

5. 2. Форма уговора

Оснивачки акт ортачког друштва је уговор о оснивању који мора бити сачињен у писаном облику.²⁶⁾ Осим тога, уговор мора бити оверен у надлежном суду (члан 10. ст.1, 4. и 5. ЗОП). На основу писаног оснивачког уговора трговачки ортак се уписује у судски регистар, када стиче правни субјективитет.²⁷⁾

Члан 14. Уредбе о упису у судски регистар (УСР)²⁸⁾ прописује да се уз пријаву за упис у судски регистар оснивања ортачког друштва прилаже и уговор о оснивању друштва, са овереним потписима уговарача. Захтев закона да уговор о оснивању ортачког друштва буде писан образлаган је и практичним разлозима: да је таква уговор увек састављен "из великог броја тачака, и што је намењен да важи за дуги низ година" те да "сведоци не би били никако сигурно средство за његово доказивање".²⁹⁾ У том смислу је параграф 42. Трговачког законика за Књажество Србију из 1860. прописао: "У уговору о ортаклуку треба назначити све што се уговори, јер се са сведоцима не може доказивати ни да је што друкчије уговорено, но што је у уговору, ни да је поред тога још што углављено".³⁰⁾

Форма уговора о оснивању ортачког друштва је битан услов његове пуноважности (форма *ad solemnitatem*). Она је прописана законом (законска, а не уговорена форма - члан 69. ЗОО). Иста форма важи и за све доцније измене или допуне

24. *Ibidem*, страна 659.

25. Др Михајло Вуковић, "Обвезно право", књига II, Школска књига, Загреб, 1964, страна 295.

26. Писмена форма овог уговора изводи се из одредби закона које прописују да се уз пријаву за упис у трговачки регистар прилаже и уговор о оснивању друштва, и у случају кад закон није изричито прописао форму уговора - види: др Вилим Горенц, "Закон о трговачким друштвима, II дио, Водич за читање закона", Организатор, Загреб, 1995, страна 47.

27. Види члан 5. ЗОП.

28. "Службени лист СРЈ", бр. 1/97, 5/97 и 13/2002.

29. Спасоје Радојчић, "Основи трговачког права", Геца Кон, Београд, 1922, страна 53.

30. Писану форму уговора о оснивању ортачког друштва одређују и други трговачки закони - види: параграф 65. Трговачког закона из 1875. године; параграф 105. ТЗКЈ; члан 79. ЗПД ФБиХ; члан 70. ЗТДХ; члан 10. ЗОП РС; члан 70. став 1. ГЗРФ итд.

уговора. Измене и допуне уговора врше се уз сагласност свих чланова.³¹⁾ Ништаван је уговор о оснивању ортачког друштва који није закључен у писменој форми и оверен у суду (чл. 67. и 70. став 1. ЗОО). Ако би друга страна захтевала испуњење уговора закљученог са ортачким друштвом које се заснива на ништавном уговору о оснивању друштва, а један ортак тај захтев испуни, он није овлашћен "тражити накнаду из опште касе или од других ортака".³²⁾

Закључен је уговор о оснивању ортачког друштва када сачињену исправу о уговору потпишу и потписе овере у суду сва лица која се њом обавезују, односно њихови пуномоћници који за то имају специјалну пуномоћ. Уговарач који не зна писати ставиће на исправу рукознак оверен од два сведока или од суда, односно другог органа. Све уговорне стране потписују једну исправу (у више примерака). Форма није испуњена ако свака страна потпише примерак намењен некој другој страни, јер је неопходна овера потписа. Захтев писмене форме није испуњен ако стране постигну сагласност у складу са чланом 72. ЗОО.³³⁾

На односе проистекле из уговора о оснивању ортачког друштва примењују се одговарајуће одредбе ЗОО. Тако, стране могу закључити и предуговор, али се на основу њега (и када је испуњена прописана форма - члан 45. ЗОО) не може извршити упис ортачког друштва у судски регистар.

5.3. Остале особине

Уговор је *intuitu personae* јер су важна лична својства члана друштва у коме би требало да владају односи поверења. У овом облику друштва чланови су често блиско повезани, не само заједницом капитала и рада, него нпр. сродничким или пријатељским односима. Због тога је члан ортачког друштва у вршењу послова друштва дужан поступати са пажњом коју поклања својим стварима и пословима (члан 111. ЗОП).

Уговор је у основи комутативан јер је, у време његовог закључења, странама познато шта чини предмет њихових обавеза, тј. извесна је унапред висина и вредност престација сваке стране. То је карактеристика уговора са накнадом који се заснивају на начелу једнаке вредности узајамних давања (члан 15. ЗОО).

Ортачко друштво се, по правилу, оснива као трајно друштво, а не са намером да обави један или неколико послова.³⁴⁾ Изузетно, друштво може бити основано и на одређено време, што произлази из одредаба члана 100 тачка 3. ЗОП (наиме, друштво престаје истеком времена за које је основано). Сходно томе и уговор о оснивању ортачког друштва и када траје одређено време (1, 2, 5. итд. година) има

31. То је изричито прописао ЗПД ФБиХ у члану 79. став 2.

32. Др Стојан Јов. Вељковић, "Објашњење Трговачког законика за књажество Србију", свеска прва, Београд, Државна штампарија, 1866, страна 137.

33. Писмена форма као услов пуноважности оснивачког уговора произилази и из чл. 70. ст. 1. ГЗРФ (уговор потписују сви његови чланови) и Закона о трговачким друштвима Француске.

34. Др Вилим Горенц, *op. cit.*, страна 47.

својства трајног (дуготрајног) уговора, јер је правило да се већина уговора испуњава у релативно кратким роковима.

Уговор је именован јер га предвиђа Закон о предузећима. ЗОП, истина, упућује на примену правила која важе за уговор о грађанском ортаклуку али се и у том случају уговор сматра именованим. Осим тога, ЗОП одређује његове битне састојке без којих уговор о оснивању ортачког друштва не може пуноважно настати.

6. Састојци уговора

Уговор је основни и једини акт којим се регулише организација ортачког друштва, односе између чланова друштва и друштва са трећим лицима. Члан 109. ЗОП одређује, као начело, слободу уговарања ортака приликом закључења уговора о оснивању ортачког друштва: "Правни односи између чланова ортачког друштва уређују се уговором о оснивању друштва, ако овим законом није друкчије прописано". Опредељене аутономијом воље стране су слободне, у границама принудних прописа, јавног поретка и добрих обичаја, да своје односе уреде по својој вољи (члан 10. ЗОО).

Обавезна садржна сваког уговора о оснивању ортачког друштва прописана је, међутим, Законом о предузећима. Те одредбе ЗОП су саставни део уговора о оснивању ортачког друштва, те их употпуњавају или ступају на место уговорних одредаба које нису у сагласности са њима (члан 27. став 2. ЗОО). Тај уговор, уствари, замењује статут тако да би требало да садржи оне састојке које би имао статут неког другог облика друштва. За разлику од друштва капитала ортачко друштво нема органе, а основни односи постојања и пословања друштва уређена су уговором.³⁵⁾

Уговор о оснивању ортачког друштва, као и сваки оснивачки акт, мора садржати одредбе о: 1) фирми и седишту ортачког друштва; 2) имену, адреси и матичном броју физичког лица; 3) делатности ортачког друштва; 4) оснивачком улогу; 5) правима, обавезама и одговорности оснивача према ортачком друштву и ортачког друштва према оснивачима; 6) условима и начину утврђивања и распоређивања добити и сношењу ризика; 7) заступању ортачког друштва; 8) заштити животне средине и 9) другим односима која су одређена законом (види члан 11. ЗОП). Осим тога, уговор о оснивању ортачког друштва мора садржати и друге опште одредбе: о врсти, висини и правној природи улога (да ли се на улогу нпр. ствари преноси право својине на друштво или се даје на коришћење) сваког члана друштва, о роковима уплате или предаје улога друштву (чл. 110. и 113. ЗОП), времену трајања уговора, начину његовог раскида, утицају више силе на уговор, изменама и допунама уговора, случајевима ништавности појединих одредаба уговора,

35. *Ibidem*, страна 49.

одговорности члана друштва за штету, важнијим правним односима између чланова друштва и чланова друштва према трећим лицима.³⁶⁾

Закључци

Уговором о оснивању ортачког друштва два или више физичких лица формира друштво лица са циљем обављања привредне делатности. Ортачко друштво настаје уписом у судски регистар од када, као правно лице, стиче правну и пословну способност (упис је конститутивног карактера). Трговински суд ће у судски регистар уписати свако ортачко друштво ако испуњава претпоставке за оснивање одређене законом (нормативни систем).

На уговор о оснивању ортачког друштва примењују се правила уговора о грађанском ортаклуку, ако уговором о оснивању није друкчије одређено (члан 106. ЗОП). Грађански ортаклук, међутим, није регулисан позитивним правом па се на њега примењују правна правила из СГЗ, ОИЗ и АГЗ.

Уговор се одликује општим особинама својственим за све теретне уговоре али и одређеним самосвојним особинама. Ако су уговор закључила два ортака он је двострано обавезан, а уколико више физичких лица закључи уговор о оснивању ортачког друштва он је вишестрани.

Исправа (уговор) о оснивању ортачког друштва мора бити сачињена у писаном облику и оверена у надлежном суду. Ова форма је битан услов пуноважности уговора (форма *ad solemnitatem*). Осим тога, уговор се одликује трајношћу (дуготрајношћу), настаје с обзиром на личност (*intuitu personae*), именован је и комутиван.

Обавезне битне састојке уговора о оснивању ортачког друштва прописао је ЗОП. Оне су саставни део уговора о оснивању ортачког друштва, те их употпуњавају или ступају на место уговорних одредаба које нису у сагласности са њима. Остале односе стране могу регулисати вођене аутономијом воље.

36. Види: др Јакша Барбић, *op. cit.* стр. 727. и др Мирко Васиљевић, *op. cit.* страна 72. Члан 70. став 2. ГЗРФ је, такође, прописао битне састојке уговора.