

*Др Боса Ненадић,
судија Уставног суда Србије, Београд*

Акти о оснивању привредних друштава и контрола њихове уставности и законитости

Резиме

Оснивачки акти привредног друштва донети у облику одлуке о оснивању или уговора о оснивању није оштри правни акти, већ појединачни правни акти. Сагласно томе, ни уставни судови нису надлежан да одлучују о његовој уставности и законитости. Досадашња пракса указује да би садржину аката о оснивању привредних друштава требало у закону поједноставити и формализовати, сагласно функцији оснивачког акта. Тиме се ништање надлежности за оцену уставности и законитости оснивачких аката не би повладало на досадашњи начин. После уписа у регистар привредно друштво, као посебни правни субјекти "наставља свој животи" сагласно закону и другим прописима, као и стипендију и другим оштрим актима које доносе органи тог друштва. Сви ти оштри акти су сагласно Уставу предмет контроле пред Уставним судом.

Кључне речи: *оснивачки акти привредног друштва, врсте оснивачких аката (одлука о оснивању, уговор о оснивању и акти надлежног органа), правна природа оснивачког акта, контрола уставности и законитости оснивачког акта.*

Уводна напомена

Улога Уставног суда у заштити уставности и законитости када су у питању општи правни акти привредних друштава (предузећа) огледа се пре свега у оцени сагласности тих општих акта с Уставом Републике Србије (контрола уставности), а потом и у оцени сагласности општих правних аката привредних друштава (укључујући и колективне уговоре као опште акте) са законом и другим републичким прописима (контрола законитости).¹⁾ Ова надлежност Уставног суда логична је последица уставом установљене контроле уставности и законитости свих нормативних аката у правном систему земље, или боље рећи, ова надлежност Суда је институционална гаранција остваривања принципа уставности и законитости утврђеног у одредбама члана 119. Устава. Следствено овим одредбама Устава, сваки закон, други пропис или општи акт мора бити сагласан с Уставом, а сваки други пропис и општи акт мора бити сагласан са законом и осталим републичким прописима.

Из изнетог јасно следи да и општи акти које доносе органи привредних друштава морају бити у складу с Уставом, законом и другим републичким прописима. Дакле, у нашем правном систему нема ни једног општег правног акта који је изузет од контроле уставности и законитости пред Уставним судом. И сви појединачни правни акти који извиру из закона, других прописа и општих аката морају бити у сагласности са актима на основу којих се доносе. Међутим, оцена законитости појединачних правних аката није у надлежности Уставног суда, већ је та контрола поверена судовима и другим државним органима.

Општи осврт на акте о оснивању привредних друштава

Привредна друштва као правна лица се оснивају актом о оснивању.²⁾ Анализа упоредног компанијског права показује да се акти о оснивању привредних друштава разликују по својој садржини, али и по форми у којој се доносе. Те разлике су, пре свега, условљене:

прво, прихваћеним (прописаним) системом оснивања привредних друштава. У савременом упоредном законодавству доминира слободни - нормативни систем оснивања, према коме оснивач привредног друштва може бити свако правно и физичко лице које испуњава унапред прописане услове. Међутим, присутни су и други системи оснивања: систем дозволе, односно одобрења (сагласности); законски систем; систем концесије и др.³⁾

друго, правном формом, односно типом привредних друштава (друштва лица или друштва капитала);

1. Вид. члан 9. став 4. и члан 125. ст. 1. до 3. Устава Републике Србије.
2. Акт о оснивању срећемо и под називом „оснивачки акт“, „конститутивни акт“ и др.
3. О системима оснивања привредних друштава вид. опширније М. Васиљевић, Пословно право, Београд, 2001, стр. 32-33. и И. Јанковец, Привредно право, Београд, 2001. стр. 43.

иpеће, статусом, односно правном природом оснивача друштва (физичко лице, правно лице, држава, јединица територијалне аутономије или локалне самоуправе) и пореклом („националношћу“) оснивача друштва (домаћа лица или страна лица);⁴⁾

чејивршо, бројем оснивача друштва („једночлано“, „двочлано“ или „вишечлано“ друштво);

иeишо, делатношћу коју обавља привредно друштво;

иешшо, временом на које се друштво оснива (акти с неограниченим трајањем и темпорални акти)⁵⁾;

седмо, обимом нормативног уређивања садржине акта о оснивању (садржина акта прописана у целини - тзв. акт образац или су само прописани обавезни елементи акта о оснивању);

осмо, номотехничком формом у којој се доносе акти о оснивању (одлука о оснивању, уговор о оснивању, статут, закон, подзаконски пропис - уредба, одлука и сл.).

Независно од специфичности и разлика које постоје у погледу садржине аката о оснивању привредних друштава и у погледу номотехничког облика у коме се припремају, оснивачки акти се у упоредном законодавству, скоро без изузетка, сачињавају у писменој форми. Изузетак, у одређеном смислу, представљају само акти о оснивању појединих форми друштва лица.

У зависности од тога који акти се сматрају оснивачким (конститутивним) актима привредног друштва, односно који акти су неопходни за настанак друштва као правног субјекта у савременом праву би се могла издвојити три основна система: 1) систем у коме су за оснивање привредног друштва потребна два акта: оснивачки акт (memorandum of association) и статут (articles of association); 2) систем у коме је за оснивање привредног друштва неопходан само један акт, и то оснивачки акт који садржи и одредбе статутарног карактера; 3) систем у коме не постоји оснивачки акт као посебан акт, већ је за оснивање привредног друштва потребно да статут друштава као конститутивни акт потпишу оснивачи друштва.⁶⁾ Наш законодавац се у Закону о предузећима у основи определио за први систем, па се за

4. Тако примера ради, ако су оснивачи привредног друштва страна правна лица, тада се поред (или уместо) овереног потписа оснивача којим мора бити снабдевен оснивачки акт тражи и доказ о регистрацији друштва у земљи порекла (земљи седишта), а кад је оснивач страна физичко лице тражи се и да оснивачки акт има одређену форму или да је оверен од стране надлежних органа. Вид. М. Васиљевић *op. cit.*, стр. 33.

5. Претпоставка је да се привредно друштво оснива на неодређено време. Ако у акту о оснивању нема одредаба о трајању друштва, односно о времену на које се оснива друштво сматра се да је друштво основано на неодређено време. Међутим, привредно друштво се може основати и на одређено време (до извршења одређеног циља, односно задатка или до наступања одређеног догађаја и сл.), што мора бити назначено у акту о оснивању друштва. Наведени став произлази и из одредбе члана 13. Закона о предузећима („Службени лист СРЈ“, број 29/96.).

6. Вид. М. Васиљевић, *Привредна друштва*, Београд, 1999. године, стр.18-19.

оснивање предузећа поред акта о оснивању захтева и статут. Тако у нашем правном систему ова два акта чине конститутивне акте предузећа, без којих нема уписа предузећа као правног лица у регистар код надлежног суда.⁷⁾ Наравно, код оснивања појединих облика друштава законодавац прави изузетак од наведеног правила, па је тако за оснивање и упис у регистар код надлежног суда друштва лица, према Закону о предузећима, неопходан само један акт, и то оснивачки акт у форми уговора о оснивању.⁸⁾

Акт о оснивању привредног друштва према Закону о предузећима мора бити сачињен у писменом облику (*forma ad solemnitatem*). Одлуке о оснивању и уговори о оснивању морају бити снабдевени потписом оснивача друштва овереним код надлежног суда.⁹⁾ Дакле, наш законодавац тражи обавезну писмену форму за акте о оснивању предузећа, али не тражи да та форма буде у облику јавнобележничког акта - као што то чине законодавци неких земаља (Аустрија, Немачка, Хрватска, Словенија).¹⁰⁾

Ако је привредном друштву за обављање одређене делатности потребна дозвола или одобрење, односно сагласност надлежног органа, указујемо да се тај акт не може сматрати саставним делом оснивачког акта привредног друштва.

-
7. Закон о предузећима предвиђа два акта неопходна за оснивање предузећа, али законодавац није изричито утврдио њихов међусобни однос, па се у пракси наметнуло питање који је од ова два акта старији - оснивачки акт или статут као највиши општи правни акт друштва.
 8. Законодавство о привредним друштвима земаља које познају само један акт као конститутивни акт којим се оснива привредно друштво, садржи и решења по којима оснивачи друштва могу закључивати и уговор чланова друштва (уговор ортака друштва, уговор чланова командитног друштва, уговор чланова друштва са ограниченом одговорношћу), односно по којима акционарско друштво може имати статут. Мада је садржина и форма ових аката, по правилу одређена законом, ови акти се не достављају за упис у регистар привредних друштва.
 9. У појединим европским правним системима потписи оснивача, односно њихових заступника се, пре регистрације друштва, оверавају од стране нотара - јавног бележника (Италија, Шпанија, Португалија и Француска, под одређеним условима) или од стране адвоката. И Законом о привредним друштвима Црне Горе ("Службени лист ЦГ", број 6/2002) предвиђена је могућност овере потписа од стране судова или од стране адвоката.
 10. М. Васиљевић, Коментар Закон о предузећима, Београд 1996. године, стр. 27. Насупрот наведеним решењима Закона о предузећима, из одредаба чл. 6., 10. и 12. Закона о привредним друштвима Црне Горе, произлази да ортачко друштво може настати на било који начин па и усмено и конклюдентним радњама. Такође, и код командитног друштва оснивачки акт може бити уговор, али Законом није прописана његова писмена форма „па треба узети да уговор о оснивању може бити закључен и усмено односно конклюдентно и ако се да претпоставити да ће овде бити највише заступљена писмена форма уговора с обзиром на постојање двије категорије чланова у овом друштву“. Д. Радоњић, Коментар Закона о привредним друштвима, Подгорица, 2003, стр. 58, 78. и 84.

Врсте аката којима се оснивају привредна друштва

Акте о оснивању привредних друштава у упоредном праву, срећемо у различитим правним облицима (формама), с тим што преовлађује уговор оснивача као основни облик оснивачког акта. Према члану 10. Закона о предузећима, по свом облику (форми) оснивачки акт може бити:

- 1) одлука о оснивању;
- 2) уговор о оснивању;
- 3) акт надлежног органа.¹¹⁾

Одлука о оснивању привредног друштва се доноси у случају кад је оснивач друштва (предузећа) само једно лице. Привредно друштво које има само једног оснивача је једночлано, односно једноперсонално друштво. За једночлано друштво важе одређена специфична правила утврђена законодавством о правном положају привредних друштава, па се тако само поједине форме привредних друштава оснивају као једночлана. Друштво лица (друштво - уговор), по природи ствари, не може бити основано као једночлано. Ни поједини облици друштава капитала с обзиром на односе међу члановима друштва и начин уплате капитала не може бити основано као једночлано. Такође, законодавац искључује могућност обављања одређених делатности од стране једночланих друштава.¹²⁾

Према Закону о предузећима одлука о оснивању, као оснивачки акт може бити донета само за оснивање друштва капитала, и то: друштва са ограниченом одговорношћу¹³⁾ и акционарског друштва без јавног уписа акција.¹⁴⁾

Уговор о оснивању је оснивачки акт којим два или више лица оснивају привредно друштво. Уговор о оснивању представља једну врсту уговора о трговачком ортаклуку, који „настаје сагласношћу воља два или више лица који заједнички улажу своја средства ради обављања послова са циљем стицања добити“.¹⁵⁾ И за уговор о оснивању привредних друштава, као и за сваки други уговор важе нека општа правила о уговорима,¹⁶⁾ уз одређене специфичности које произлазе из предмета тог уговора -оснивање привредног друштва као посебног правног субјекта. Другим речима, и за уговор о оснивању привредног друштва важе општи услови уговорног права који се траже за пуноважност уговора уопште (способ-

11. Према члану 12. Закона о предузећима оснивачки акт предузетника је пријава у писменом облику, која се подноси надлежном органу који врши регистрацију делатности предузетника. Пријава мора да садржи одређене битне елементе утврђене Законом, односно обавезне одредбе о: 1) имену, адреси, матичном броју и фирми предузетника; 2) делатности предузетника; 3) заштити животне средине; 4) другим питањима која су прописана законом. Према члану 5. ставу 5. Закона о привредним друштвима Црне Горе, предузетник се региструје за потребе статистике у Централном регистру привредног суда само достављањем регистрационе изјаве.
12. Тако се у нашем правном поретку као једночлана друштва не могу основати банке и друге финансијске организације, осигуравајућа друштва, итд.
13. Вид. члан 341. Закона о предузећима.
14. Вид. члан 196. став 1. Закона о предузећима.
15. И. Јанковец, *op. cit.*, стр. 44 - 45.

ност уговорних страна, форма, предмет, сагласност воља,¹⁷⁾ кауза).¹⁸⁾ Међутим, будући да овај уговор има и статусна дејства (на његовој основи настаје привредно друштво као правни субјект), то је логично да се на ове уговоре примењују и одређена посебна правила која из тог дејства произлазе (нпр. потписивање уговора, начин измене уговора, место статута након регистрације привредног друштва, и др.). Привредна друштва од момента регистрације почињу да „функционишу техником рада својих органа“, јер овим друштвима након оснивања управљају органи друштва а не оснивачи и доцнији чланови. То је посебно видно код уговора о основању акционарских друштава.¹⁹⁾ Наравно, ово правило не важи за друштва уговоре, која задржавају доста персоналних - уговорних карактеристика и након уписа у регистар, тако да су оснивачи често у функцији органа друштва.²⁰⁾

Уговор је увек оснивачки акт друштва лица, будући да ове правне форме друштва због њихове природе, могу да оснују најмање два лица. Отуда се ова друштва у упоредном законодавству срећу и под називом „друштво уговор“. Такође, оснивачки акт акционарског друштва с јавним уписом акција може бити једино уговор о оснивању, јер ова форма друштва у суштини може настати ако за осниваче има најмање два лица. Уговор о оснивању је, према Закону и предузећима, оснивачки акт оргачког друштва и командитног друштва, а потом и друштва са ограниченом одговорношћу и акционарског друштва без јавног уписа акција, кад ова друштва капитала оснивају два или више лица.²¹⁾

Актив надлежног органа је оснивачки акт привредних друштава кад привредно друштво оснива држава или јединица локалне самоуправе. Закон о предузећима не говори која је то врста акта којом надлежни органи оснивају предузеће, већ само утврђује да је оснивачки акт предузећа која оснива држава „акт надлежног органа“. Овако формулисана одредба Закона о предузећима изазивала је дилему, који је то орган надлежан за доношење оснивачког акта и о којој врсти акта се ради:

16. И. Јанковец даље наводи да у основи уговора о оснивању друштва лежи "*affectio societatis*: намера два или више лица да се удруже ради обављања одређених послова с тим да деле користи и губитке из тих послова. Због тога код таквих уговора интереси уговорних страна нису антагонистички, као код синалагматичких уговора. ... уговори о оснивању привредних друштава, исто као и други уговори о ортаклуку, настају због тога што уговорне стране теже истом циљу" (ор. cit., стр. 44).
17. За закључење уговора о оснивању потребна је сагласност свих уговарача, а лице које не прихвати "неку одредбу уговора не може се сматрати оснивачем друштва".
18. И. Јанковец (ор. cit., стр. 44) и М. Васиљевић (Привредна друштва, стр. 19) наводе и да оснивачи морају бити пословно способни (физичка лица), односно имати својство правног лица стечено у складу са законом; да је за закључивање, као и за измену уговора неопходна сагласност свих оснивача; да у односима оснивача, по правилу, постоји посебно поверење, мада се поништење и ових уговора може тражити због заблуде и других мана воље, итд.
19. М. Васиљевић, ор. cit., стр. 19. и 20.
20. М. Васиљевић, ор. cit., стр. 19.
21. Вид. чл. 188. и 333. Закона о предузећима. Друштво са ограниченом одговорношћу и акционарско друштво, као што је већ изнето може основати и један оснивач, па стога код ових облика друштва - оснивачки акт може бити и одлука о оснивању.

закону, уредби, одлуци и сл.²²⁾ У досадашњој пракси, када је савезна држава била оснивач јавних предузећа надлежни орган је била Савезна скупштина, а „акт надлежног органа“ је био савезни закон.²³⁾ Савезна држава, односно њена скупштина определила се за закон као оснивачки акт, поред осталог и због тога што је Закон о предузећима утврдио само основна полазишта, односно начела за оснивање јавног предузећа као посебне форме предузећа и што је у више одредаба Закона о предузећима извршено упућивање на примену других закона, односно на уређивање другим законима бројних питања значајних за рад и пословање јавних предузећа. Иста дилема у погледу врсте „акта надлежног органа“ и његове садржине била је присутна и кад су се републике чланице јављале као оснивачи јавних предузећа. Но, и у Републици Србији је превладао став, по коме се јавна предузећа оснивају законом.²⁴⁾

Закон о оснивању јавног предузећа би се могао сврстати у категорију индивидуалних (сингуларних) закона, јер се њиме, пре свега оснива један одређени привредни субјект²⁵⁾ и уређује његов правни положај, односно статус.

Оснивач јавног предузећа према Закону о предузећима може бити и јединица локалне самоуправе - град или општина. Када су се ове јединице јављале као оснивачи, акт о оснивању јавних предузећа је доношен у облику (форми) одлуке о оснивању, а одлуку је доносила скупштина локалне јединице - као „надлежни орган“. Ова јавна предузећа основана су пре свега ради обављања делатности утврђених Законом о комуналним делатностима.²⁶⁾

22. Вид. Б. Ненадић, Основне карактеристике јавних предузећа које је основала Савезна Република Југославија, Право и привреда, бр. 5-8/99, стр. 773 - 784.
23. Вид. Закон о Јавном предузећу новинска агенција "Тањуг" ("Службени лист СРЈ", број 11/95), Закон о јавном предузећу "Југоимпорт - СДПР" ("Службени лист СРЈ", број 46/96) и Закон о јавном предузећу ("Службени лист СРЈ", број 29/97). Приликом усвајања ових закона изношена су и мишљења да "акт којим савезна држава оснива јавно предузеће" треба да донесе Савезна влада, а то би онда значило да би оснивачки акти ових предузећа биле уредбе или одлуке Владе. Опширније о овој врсти оснивачких аката Б. Ненадић, *op. cit.*, стр. 778.
24. Вид: Закон о оснивању јавног предузећа за истраживање, производњу, прераду и промет нафте и природног гаса ("Службени гласник РС", број 37/91); Закон о системима веза ("Службени гласник РС", број 38/91), којим је основано ЈП ПТТ Саобраћаја "Србија"; Закон о железници ("Службени гласник РС", број 38/91) којим је основано Јавно железничко транспортно предузеће "Београд"; Закон о електропривреди ("Службени гласник РС", број 45/91) којим је основано Јавно предузеће "Електропривреда Србије"; Закон о водама ("Службени гласник РС", број 46/91), којим су основана три јавна предузећа: Јавно водопривредно предузеће "Дунав", Јавно водопривредно предузеће "Сава" и Јавно водопривредно предузеће "Морава"; Закон о шумама ("Службени гласник РС", број 46/91), којим је основано Јавно предузеће за газдовање шумама "Србијашуме"; Закон о радио телевизији ("Службени гласник РС", број 46/91), којим је основано јавно предузеће Радио телевизија Србије, итд.
25. Тако је у одредби члана 1. свих савезних закона о јавним предузећима изричито утврђено да се тим законом „оснива јавно предузеће ...“.

Садржина оснивачког акта привредног друштва

Због значаја аката о оснивању привредних друштава, као конститутивног акта, у компанијском законодавству се, по правилу предвиђају и битни елементи тог акта. Питање садржине оснивачког акта је предмет посебне пажње законодавца у правним системима оних земаља где је оснивачки акт једини акт неопходан за упис друштва у регистар, односно за оснивање привредног друштва. Када је у питању законско уређивање садржине оснивачког акта, основно је да законодавац одреди питања која се морају уредити овим актом - *изв. обавезни елементи акција о оснивању*. Обавезне елементе оснивачког акта чине оне одредбе овог акта којим се уређују питања по којима се привредно друштво индивидуализује (назив, седиште, делатност, пословање, трајање друштва и др.), а затим одредбе којима се уређују питања која се тичу природе сваког друштва (износ почетног капитала, избор органа друштва, заступање друштва и др.). Законом утврђени елементи оснивачког акта могу бити обавезни елементи који се односе и важе за све правне форме привредних друштава или елементи који важе за поједине правне форме (типове) привредних друштава.

Анализа одредаба Закона о предузећима у којима су утврђени елементи које обавезно садржи акт о оснивању, као и одредаба Закона којима се упућује на то да ће се поједина питања уредити актом о оснивању предузећа показује, да је законодавац предвидео три групе елемената који чине садржину оснивачког акта. Прву групу чине *обавезни елементи акција о оснивању* - који чине садржину оснивачког акта свих типова привредних друштава које познаје Закон о предузећима, независно од облика у коме се доноси овај акт и независно од тога ко су оснивачи привредног друштва. Другу групу чине *посебни (додајни) обавезни елементи* - који су својствени актима о оснивању појединих типова друштва, а трећу групу чине *факултативни елементи акција о оснивању привредног друштва*.

Обавезне елементе сваког акција о оснивању привредног друштва, према члану 11. Закона о предузећима, чине одредбе о: 1) фирми и седишту друштва; 2) фирми оснивача и адреси, односно седишту, а кад је оснивач физичко лице - о имену, адреси и матичном броју тог физичког лица (означење оснивача друштва); 3) делатности (предмету) пословања друштва; 4) оснивачком улогу; 5) правима, обавезама и одговорностима оснивача према предузећу и предузећа према оснивачу; 6) условима и начину утврђивања и распоређивања добити и сношењу ризика; 7) заступању предузећа; 8) заштити животне средине; 9) другим питањима која су прописана овим законом.²⁷⁾ Наведени елементи представљају опште битне елементе

26. То су делатности: производње и испоруке воде и топлоте; одржавања улица, саобраћајница, јавних површина, чистоће; погребних услуга; јавног превоза путника у насељима; одвођења отпадних вода и др. Вид. Законом о комуналним делатностима ("Службени гласник РС", бр. 16/97. и 42/98).

27. Поред обавезних елемената оснивачког акта утврђених у одредби члана 11. Закона о предузећима и у појединим другим одредбама овог закона утврђено је да ће се одређено питање уредити актом о оснивању предузећа.

акта о оснивању свих типова привредних друштава у нашем правном поретку, али и обавезну садржину сваког оснивачког акта независно од његове форме (облика). С обзиром на природу битних елемената оснивачког акта који су прописани Законом, изостанак било ког од ових елемената, чини оснивачки акт ништавним.

Законом о предузећима су прописани и *додатни битни елементи оснивачког акта* за поједине форме привредних друштава, а који су условљени особеном правном природом тих друштава. Наиме, ови елементи оснивачког акта су израз посебности одређеног типа друштава, па се отуда називају и *посебни битни елементи* акта о оснивању привредног друштва.²⁸⁾ Тако је у члану 188. Закона о предузећима утврђено да оснивачки акт акционарског друштва садржи „поред одредаба утврђених чланом 11. Закона и друге одредбе значајне за оснивање акционарског друштва о којима се споразумеју оснивачи.“ С обзиром на то да законодавац није рекао које су то одредбе, у номотехничком погледу ова одредба закона делује сувишно, јер не доноси ништа ново у односу на оно што произлази из одредбе члана 11. Закона о предузећима. Посредно би се могло докучити, да су те „друге одредбе од значаја за оснивање акционарског друштва“ оне одредбе оснивачког уговора које су иманентне природи акционарског друштва као друштва капитала - капитала израженог у акцијама као хартијама од вредности.²⁹⁾ Додатне (посебне) елементе, законодавац је изричито прописао само за уговор о оснивању друштва са ограниченом одговорношћу. Тако овај уговор поред општеобавезних елемената из члана 11. Закона мора да садржи и одредбе о: 1) износу основног капитала и износу улога појединих чланова; 2) начину и времену уплате новчаних улога; 3) броју чланова друштва и поступку одлучивања у случају једнаке поделе гласова; 4) именовану директора и заступника друштва, а ако има више заступника - о начину пословодства, заступању и потписивању друштва.³⁰⁾ Наведени елементи су прилагођени специфичној природи друштва са ограниченом одговорношћу, односно својствени су управљању и карактеру односа између друштва и његових чланова. На овај начин Закон „придодаје“ и нове елементе које уговор о оснивању ових друштава мора обавезно да садржи. Изостанак било ког од ових елемената у акту о оснивању друштва са ограниченом одговорношћу, чини тај акт ништавним.

Поред обавезних елемената акта о основању, наш законодавац је утврдио и елементе које акт о оснивању привредног друштва може да садржи - *изв. факултативни елементи*. У том погледу илустративне су одредбе члана 334. став 2. Закона о предузећима у коме је утврђено да оснивачки акт друштва с ограниченом

28. Тако је у члану 106. Закона о предузећима прописано да се "на уговор о оснивању ортачког друштва примењују правила уговора о ортаклуку", а у члану 169. Закона да се одредбе Закона о ортачким друштвима примењују и на командитно друштво, ако овим законом није друкчије одређено, тј. ако за ова друштва нису прописана посебна правила.

29. Нпр. то би могле бити одредбе о врсти акција и правима по основу акција, о повећању акцијског капитала, преносу акција, решавању спорова између оснивача и сл.

30. Члан 334. став 1. Закона о предузећима.

одговорношћу *може* да садржи и одредбе о: 1) неновчаним улозима и њиховој вредности; 2) другим чинидбама имовинске вредности које терете чланове (споредне чинидбе) и висини уговорне казне која се плаћа у случају неиспуњења или неуредног испуњења споредне чинидбе; 3) овлашћењу скупштине чланова на прописивање допунских уплата; 4) искључењу преноса удела и поделе у случају правног следбеништва и наслеђа; 5) повлачењу удела; 6) ограничењу права заступника; 7) другим питањима значајним за друштво. Ови елементи уговора стоје на диспозицији оснивачима друштва са ограниченом одговорношћу. На уношењу ових одредаба у акт о оснивању друштва законодавац дакле не инсистира, већ само упућује да се одређена питања могу (а не морају) уредити оснивачким актом. Недостатак факултативних елемената у уговору о оснивању, такав уговор не чини ништавним, већ наведени елементи утврђени законом могу вољом оснивача постати елементи уговора. Прописивање и факултативних елемената у Закону, као елемената који се могу унети у акт о оснивању, мотивисано је жељом нашег законодавца да се смањи број евентуалних спорова у будућности, а посебно оних који могу настати до момента регистрације привредног друштва.³¹⁾

И на крају, поред таксативно утврђених битних елемената (општих и посебних), као и факултативних елемената утврђених законом, оснивачки акт предузећа према вољи оснивача *може да садржи и друге елементе*. То говори да оснивачки акт предузећа у нашем законодавству није строго формализовани акт, акт са затвореном садржином. Другим речима у оснивачки акт, односно уговор о оснивању могу да се унесу и неке друге одредбе, поред оних наведених у одредбама Закона о предузећима. То по нашем мишљењу није спорно, јер је та могућност израз слободе воље доносиоца одлуке о оснивању, односно ту могућност претпоставља слобода воље уговорних страна. Супротно не би било могуће, једино у случају кад би законодавац изричито формализовао садржину и форму акта о оснивању привредног друштва и утврдио да тај акт може да садржи само таксативно утврђене елементе, што код нас сада није случај. Увид у оснивачке акте привредних друштава показује да су у досадашњој пракси, допуне додатним одредбама (елементима) оснивачког акта предузећа присутне у оснивачким актима друштва лица - ортачког друштва и командитног друштва. Присуство додатних одредаба у уговорима о оснивању друштава лица последица је не само карактера ових друштава (друштва уговори) већ и непостојања правне регулативе у овој области уопште. Осим тога, и малобројне одредбе Закона о предузећу које се односе на ортачко друштво су у начелу диспозитивног карактера и примењују се на ова друштва под условом да „уговором о оснивању друштва није друкчије одређено“. Такође, треба имати у виду и чињеницу да ова друштва немају статут, па је сасвим логично да се у уговор о оснивању ових друштава унесе и додатне одредбе од значаја за управљање и пословање овим друштвом којем наше право признаје правни субјективитет. Додатних одредаба има релативно мање у оснивачким актима друштава ка-

31. Вид. Драган Радоњић, *op. cit.*, стр.108.

питала. То је и разумљиво с обзиром на целовитију и потпунију уређеност правног положаја ових облика привредних друштава у Закону о предузећима. Такође, када су у питању оснивачки акти друштва капитала треба имати у виду да је релативно скромно присуство додатних одредаба у овим актима, мимо оних утврђених законом, последица и чињенице да ова друштва имају и статут као конститутивни акт. Осим тога, када су у питању акционарска друштва одредбе од значаја за правни положај ових друштава срећемо и у другим законима (нпр. о хартијама од вредности).

Предмет и садржина закона којима су основана јавна предузећа определени су у основи чланом 11. Закона о предузећима у коме је на општи начин утврђена садржина, односно елементи оснивачког акта предузећа уопште (независно од тога ко су оснивачи друштва и каква је правна форма друштва које се оснива), али и другим одредбама Закона о предузећима које садрже решења о додатним (посебним) елементима за оснивање јавних предузећа.³²⁾ Закон о оснивању јавног предузећа као оснивачки акт, тако садржи одредбе о: оснивању јавног предузећа и његовом својству правног лица,³³⁾ седишту и фирми јавног предузећа; делатности јавног предузећа, имовини предузећа; актима предузећа; садржини статута предузећа; органима предузећа, али и одредбе о делокругу и начину именовања и разрешења органа предузећа, улози државе као оснивача предузећа, али и посебне одредбе о начину обављања делатности предузећа и надзору државе, односно њених органа над обављањем делатности у општем интересу, као и друге одредбе значајне за рад и пословање јавног предузећа.³⁴⁾

О правној природи оснивачких аката привредних друштава

Закон о предузећима не одређује правну природу оснивачких аката привредног друштва. Међутим, када је у питању остваривање контроле уставности и законитости оснивачких аката привредних друштава, као претходно питање поставља се питање утврђивања њихове правне природе, односно питање да ли су оснивачки акти привредних друштава појединачни правни акти или општи правни

32. Интересантно би било осветлити и питање односа ове одредбе Закона према садржини закона као оснивачког акта јавног предузећа, а посебно да ли законодавац приликом доношења закона о оснивању јавног предузећа, као посебног закона (*lex specialis*) може да „одступи“ од елемената наведених у одредби члана 11. Закона о предузећима.

33. Закони којима су основана јавна предузећа садрже и одредбу по којој та предузећа имају својство правног лица. Имајући то у виду поставља се и питање да ли се јавно предузеће уписује у регистар као и сва друга предузећа, и кад то јавно предузеће стиче својство правног лица - ступањем на снагу закона којим је основано или као и друга предузећа, даном уписа у судски регистар. Досадашња пракса у нас иде у прилог овог другог става, по коме јавна предузећа уживају правни субјективитет од момента уписа у судски регистар, а што је у складу са чланом 5. Закона о предузећима, по коме предузеће стиче својство правног лица уписом у судски регистар.

34. О садржини ових закона вид. опширније Б. Ненадић, *op. cit.*, стр. 776.

акти. Од одговора на ово питање зависи и који су то органи надлежни да цене усклађеност оснивачких аката с уставом и законом.

Анализирајући одредбе Закона о предузећима, посредно би се могао извући закључак да законодавац акт о оснивању привредних друштава не сматра општим актом. И у нашој савременој правној теорији преовладава став да акти о оснивању привредних друштава нису општи правни акти у смислу Закона о предузећима, већ да су то појединачни правни акти.³⁵⁾ До овог става се долази полазећи, пре свега, од члана 94. Закона о предузећима у којем су утврђене врсте аката предузећа. Према овој одредби општи акти предузећа су: статут, правилник и одлука којом се на општи начин уређују одређена питања. Закон даље утврђује да је статут основни општи акт предузећа³⁶⁾ и да сви други општи акти предузећа морају бити у сагласности са статутом.³⁷⁾ На овај начин утврђена је правна снага општих правних аката предузећа по вертикали, па се тако говори и „о начелу законитости и хијерархије успостављене Законом о предузећима“ (М. Васиљевић). Након уписа привредног друштва у регистар својеврсни облигациони однос који је успостављен између оснивача актом о оснивању се „трансформише у статусни однос“. Кад настане привредно друштво уписом у судски регистар, то друштво се „осамостаљује у односу на осниваче“, па оснивачки акт након тога практично и нема посебну функцију,³⁸⁾ а статут тог друштва као основни правни акт почиње да делује према свим члановима друштва, а не само према оснивачима. Статут постаје примарни извор права за односе унутар друштва.³⁹⁾ Када се говори о потреби сагласности статута с оснивачким актом, битно је да статут не садржи одредбе супротне одредбама аката о оснивању друштва. Како би се могуће несагласности ових аката свеле на што мању меру и јасно разграничио предмет њиховог уређивања, и наша правна теорија и струка указују да треба тежити ка томе да оснивачки акт не буде „преширок“ и да се његов садржај сведе само на обавезни законски садржај. Све остало треба да буде предмет регулисања статута, односно других општих аката друштва.⁴⁰⁾ Наиме, уговор као и одлука о оснивању након регистрације, углавном губе свој значај, па отуда садржина оснивачких аката треба да буде више окренута уређивању међусобних односа оснивача до момента уписа друштва у регистар - до

35. И М. Васиљевић, сматра да „оснивачки акт предузећа није општи акт“ (Коментар Закона о предузећима, стр. 114).

36. У вези са наведеним отворено је и питање који је основни општи акт у привредног друштвима које по Закону о предузећима не мора имати статут, и да ли је у том случају то оснивачки уговор.

37. Законом о предузећима је утврђено и да појединачни акти које доносе органи и овлашћени појединци у предузећу морају бити у складу са општим актом предузећа (члан 94. став 4.).

38. М. Васиљевић, *op. cit.*, стр. 181.

39. Другим речима, оснивачки акт је акт оснивача, док су статут и други општи акти привредног друштва као посебног правног лица кога доносе и мењају органи друштва.

40. М. Васиљевић, *Пословно право*, стр. 180. и 181. Вид и В. Јовановић, *Однос уговора о оснивању и статута друштва капитала, Правни живот*, бр. 9-10/93, стр. 1227 - 1236.

стицања својства правног лица, него уређивању односа, раду и пословању будућег привредног друштва.⁴¹⁾

Имајући у виду наведено, у одговору на питање какав је однос оснивачког акта и статута предузећа и који је акт старији имајући у виду доносиоце ових акта, њихову форму и садржину, указујемо да статут као општи акт који доноси органи привредног друштва у суштинском смислу следи вољу оснивача друштва правно уобличену у оснивачком акту. Стога важи претпоставка да статут мора бити у складу са оснивачким актом.⁴²⁾ И у пракси су и регистарски судови тражили да одредбе статута привредног друштва буду усклађене са актом о оснивању. У случају несагласности одредаба ова два акта, ови судови су у поступку регистрације, налагали да се одредбе статута усагласе са актом о оснивању друштва.

Међутим, теоријски би било интересантно дати ближи одговор на питање како то да оснивачки акт који није општи правни акт може бити хијерархијски старији акт од статута као основног општег правног акта привредног друштва.⁴³⁾ Ова на први поглед контрадикторност, према којој је појединачни акт старији од општег правног акта, мора се сагледавати као однос између различитих аката - различитих по доносиоцима, форми, предмету уређивања, садржини, важењу и др. Но, одговор на ово питање захтева посебну анализу, што превазилази карактер и обим овог рада, па аутор на њега овом приликом само указује.

Контрола уставности и законитости оснивачких аката пред Уставним судом

Питање карактера оснивачких аката привредних друштава није само специфично теоријско питање, већ се поставило и као конкретно питање на које је требало одговорити оног момента када су се пред уставним судовима, односно судовима појавили захтеви за оцену уставности и законитости тих аката. С обзиром на то да Закон о предузећима није изричито одредио правну природу акта о оснивању привредних друштава (већ да се до природе овог акта долази као што је већ речено, посредно), као и да се наша правна теорија није целовитије ни ближе бавила правном природом ових аката, до јединственог одговора на ово питање у пракси се није брзо дошло.

Приликом одлучивања по захтевима за оцену уставности и законитости оснивачких аката привредних друштава и других правних лица Уставни суда Србије је полазио од начелног става да оснивачки акти нису општи акти, па да отуда Уставни суд није надлежан за оцену уставности и законитости ових аката.⁴⁴⁾ Од овог на-

41. М. Васиљевић, исто.

42. М. Васиљевић каже да статут мора бити у складу са оснивачким актом и да се тај однос може "упоредити са односом устава и закона" (op. cit., стр. 114.). Дакле, међусобна усклађености ових аката је пожељна и у пракси неопходна.

43. На ову специфичност указује и М. Васиљевић, op. cit., стр. 114.

44. Вид. Билтен Суда, број 1/95, стр. 199.

челног става Уставни суд је одступао у ситуацијама кад су оснивачки акти садржали одредбе које имају „карактер општих правних норми“. У таквим случајевима Суд је заснивао своју надлежност и вршио оцену уставности, односно законитости оснивачких аката. Међутим, и код поступања по захтевима за оцену уставности и законитости оснивачких аката који су садржали „опште правне норме“ пракса Суда није била уједначена. Тако је у појединим случајевима Уставни суд заснивао надлежност, али само у односу на „норме“ за које је утврђивао да су по свом карактеру „опште правне норме“, док се у односу на преостали део оснивачког акта Суд оглашавао ненадлежним, тј. Суд је доносио закључак о одбацивању предлога, односно иницијатива због ненадлежности.⁴⁵⁾ У другим случајевима, заснивајући надлежност за оцену уставности, односно законитости општих правних норми садржаних у оснивачком акту, Уставни суд је диспозитивом своје одлуке обухватао оспорени оснивачки акт у целини. Наведена пракса Уставног суда у основи је израз два различита становишта која су се испољила у раду и одлучивању Уставног суда у вези са одређењем карактера оснивачких аката привредних друштава. Једног према коме оснивачки акт који садржи „норме општег карактера“ јесте „мешовити правни акт“, па оцена општих правних норми таквог акта којима могу бити учињене повреде Устава и закона није чланом 125. Устава изузета из надлежности Уставног суда. Стога је по овом становишту „правно допуштено“ да такав акт подлеже оцени Уставног суда и то само у делу у коме садржи норме општег карактера.⁴⁶⁾ Према другом становишту, предмет оцене пред Уставним судом, сагласно члану 125. Устава нису правне норме, већ општи правни акти, па „стога нема основа ни за заснивање надлежности Уставног суда за оцену уставности и законитости појединих одредаба оснивачког акта - за које Суд утврди да су опште правне норме, ако су те норме садржане у акту који се по својој правној природи сматра појединачним актом. Отуда, ако Суд прихвати да заснује своју надлежност поводом захтева за оцену појединих општих правних норми садржаних у оснивачком акту, у том случају се и сам тај акт има сматрати општим правним актом. Како би се превазишло различито поступање Уставног суда Србије у пракси, Суд је на својој седници од 19. марта 1999. заузео став по којем „оснивачки акти јавних предузећа и установа нису општи правни акти из члана 125. Устава Републике Србије“, па ће Суд следствено томе и захтеве за оцењивање уставности и законитости оснивачких аката одбацивати због ненадлежности.⁴⁷⁾

Када је у питању оцена уставности и законитости оснивачких аката пред *Савезним уставним судом* анализа одлука овог суда показује да је овај Суд полазио од става да су оснивачки акти појединачни акти. На овом ставу је била заснована и пракса Савезног уставног Суда па је по конкретним захтевима за покретање по-

45. Вид. Билтен Уставног суда 1/94. стр. 175-179.

46. Вид. ГУ-170/94 од 22. фебруара 1996. године.

47. Вид. Ставови Уставног суда, Уставни суд Републике Србије, Београд, марта 2003. године, стр. 28. Мада је овај став Суд заузео поводом оснивачких аката јавних предузећа, Суд се овог става придржава и код одлучивања о захтевима за оцену оснивачких аката других облика предузећа.

ступка за оцењивње уставности и законитости оснивачких аката Суд доносио решење о одбацивању иницијативе, односно предлога за покретање поступка, с образложењем да оспорени акт представља „појединачни правни акт којим се оснива одређено предузеће“, односно „одређена установа, чију уставност и законитост Савезни уставни суд није надлежан да оцењује“. ⁴⁸⁾

Међутим, поставља се питање да ли се наведени став може применити и када су у питању „акти надлежних органа“ којима се оснивају јавна предузећа, или је за оцену ових оснивачких аката надлежан Уставни суд. У досадашњој пракси, као што је већ речено „акти надлежних органа“ доношени су у форми савезних и републичких закона или у форми одлука скупштине општине, односно града. Нема спора да су и закони којима су основана јавна предузећа закони у смислу члана 125. Устава, па су као и сви други закони подложни оцени уставности. Отуда, када се пред Уставним судом затражи оцена уставности закона којим је основано одређено јавно предузеће, Уставни суд има засновати своју надлежност, и то како у односу на одредбе које су по својој садржини одредбе оснивачког акта, тако и у погледу оцене уставности осталих одредаба закона односно закона у целини. Дакле, закон је увек закон, тј. општи правни акт, без обзира на предмет његовог уређивања, па отуда и нема двојбе да се Уставни суд не би могао огласити ненадлежним ни у случају када би се тражила само оцена оних одредаба поменутих закона које сагласно Закону о предузећима представљају „елементе оснивачког акта предузећа“. У пракси Уставног суда Србије није било случајева да се тражила само оцена уставности одредаба закона којима су основана јавна предузећа, већ су се захтеви односили и на друге одредбе тих закона. Дакле, може се констатовати да контроли уставности пред Уставним судом подлежу сви закони и у материјалном и у формалном смислу, па и сингуларни, односно индивидуални закони каквим се могу сматрати и поједини закони о оснивању јавних предузећа, јер ни један акт који носи име „закон не може промаћи уставно судској контроли“. ⁴⁹⁾

Када су у питању одлуке скупштина јединица локалне самоуправе као оснивачки акт и Савезни уставни суд и Уставни суд Србије су заузели становиште по коме су одлуке јединица локалне самоуправе којима се оснивају јавна предузећа (оснивачки акти) појединачни правни акти, те да за оцену уставности и законитости ових одлука, сагласно уставу, уставни судови нису надлежни. ⁵⁰⁾ Аргументи који иду у прилог прихваћеном становишту по коме је искључена оцена уставности и законитости ових аката пред уставним судовима огледају се пре свега у томе да су оснивачки акти предмет контроле регистарског суда и да ти акти имају значаја до уписивања јавних предузећа у судски регистар, као и у томе да се појединачна

48. Решење ГУ број 13/93. од 18. јануара 1995. године и решење ГУ број 70/95 од 5. јула 1995. године у Збирци „Одлуке и решења Савезног уставног суда 1995“, стр. 229. и 230.

49. Р. Марковић, Уставно право и политичке институције, Београд, 1995, стр. 665.

50. Судови су стали на становиште да то што ове одлуке понекад садрже и норме које треба да буду предмет уређивања статута или правилника или неког другог општег правног акта предузећа не утиче на правну природу одлука као оснивачких аката јавних предузећа.

права по основу ових аката, по правилу, не остварују непосредно, већ на основу закона (о предузећима, односно о јавним предузећима и обављању јавних служби, односно делатности од општег интереса), као и статута, и других општих аката предузећа, а ти акти се оцењују пред Уставним судом. Међутим, с обзиром на то да је доносилац ових аката скупштина јединица локалне самоуправе, као и да скупштина наведене одлуке доноси по истом поступку и у истој форми као и све друге одлуке из своје надлежности⁵¹) (напомене што ове одлуке често садрже и опште правне норме), јесу чињенице које отварају дилему, да ли се наведени став уставних судова безрезервно и увек може применити на одлуке о оснивању јавних предузећа од стране скупштине општине.

Надлежност регистарских судова у контроли законитости оснивачких аката

Имајући у виду став о ненадлежности уставних судова да одлучују о уставности и законитости аката о оснивању привредних друштава, питање је који је то орган надлежни да врши контролу садржине оснивачког акта у формалном и материјалном смислу. Оцена законитости конкретне оснивачког акта, према важећем позитивном законодавству, може се извршити и у поступку уписа у судски регистар привредних друштава, па и јавних предузећа. Мишљења смо да овакав закључак произлази из Закона о поступку за упис у судски регистар⁵²) којим је прописан поступак који треба да обезбеди законитост у раду регистарског суда и да отклони могућност незаконитог оснивања привредних друштава, односно онемогући упис таквих друштава у судски регистар ради стицања правног субјективитета. Наиме, регистарски суд је дужан да оцени да ли за упис одређеног привредног друштва постоје прописани услови и да сагласно томе изврши и контролу форме и садржине аката о оснивању, тј. да утврди да ли тај акт садржи обавезне елементе прописане законом, као и да ли оснивачки акт садржи одредбе које вређају устав или закон. Тако ће изостанак појединих обавезних елемената уговора о оснивању прописаних законом бити основ и разлог за одбијање регистрације. Такође, Суд увек може да одбије регистрацију привредног друштва и ако утврди да оснивачки акт садржи одредбе којима се вређа Устав или закон.

Другим речима, из анализе одредаба Закона о упису у судски регистар следи да и акти о оснивању предузећа јесу, и треба да буду, предмет разматрања и оцене у поступку уписа у регистар код надлежног суда.⁵³) Тако, у поступку уписа правних лица у судски регистар проверавају се чињенице од утицаја на утврђивање законитости акта о оснивању,⁵⁴) и то на основу одговарајуће документације. Пракса је и привредних судова да се приликом одлучивања о захтевима за упис у судски

51. Тако и ове одлуке имају преамбулу односно визу, назив, одредбе изражене у облику норме, одредбе о ступању на снагу, као и одредбе које су основ за доношење других правних аката и сл.

52. Закон о упису у судски регистар („Службени лист СРЈ“, бр. 80/94.).

регистар проверава да ли је акт о оснивању у сагласности са законом.⁵⁵⁾ То значи, да регистарски суд у конкретном случају - решавајући о захтеву за упис у судски регистар одређеног привредног друштва, цени и усклађеност оснивачног акта тог друштва са законом,⁵⁶⁾ али не и у споровима *in abstracto*.

Закључна оцена

Имајући у виду изнето, крајњи закључак овог рада могао би да гласи да се оснивачким актом уређује једна конкретна правна ситуација везана за оснивање одређеног привредног друштва као правног субјекта вољом његових оснивача. Отуда се и оцена уставности и законитости тог акта, као појединачног правног акта, сагласно нашем позитивном правном систему, не обезбеђује у поступку пред уставним судовима, већ у поступцима пред другим државним органима (пре свега органима надлежним за вођење регистра привредних друштава). Наравно, изузетак представљају закони као оснивачки акти којим држава оснива јавна предузећа и који, као и сви други закони, подлежу оцени уставности пред уставним судом.

-
53. Вид. члан 5. и чл. 32. до 35. Закона о упису у судски регистар. Пре доношења решења о захтеву за упис у судски регистар, регистарски суд испитује да ли су за упис испуњени прописани формални и материјални услови. Материјални услови за упис у судски регистар су следећи: 1) да је захтев за упис у складу са законом; 2) да је захтев за упис у складу са одредбама општих акта којима су утврђени подаци, односно промене које се уписују у судски регистар и 3) да су испуњени и други материјални услови одређени законом. Законом је прописан поступак за исправку, односно допуну пријаве за упис, ако је нејасна и не испуњава прописане услове. Подносиоцу пријаве суд одређује рок за отклањање тих недостатака, који не може бити краћи од 8 нити дужи од 60 дана.
 54. Осим привредних судова, у "проверавању решења" одлуке скупштине јединице локалне самоуправе којом се оснива предузеће, у поступку њене припреме и доношења учествују и надлежни органи и службе (секретаријат за законодавство, односно служба за прописе), као и радна тела (законодавни одбор, односно одбор за прописе) скупштине која доноси одлуку о оснивању јавног предузећа.
 55. Пример: решење Вишег привредног суда у Београду Пж. бр. 4033/95 - оснивачки акт цењен у односу на Закон о предузећима, Закон о задругама и Закон о земљорадничким задругама.
 56. Наравно, улога регистарског суда је другачија када се јавно предузеће оснива законом. Регистарски суд би у случају основане сумње у уставност појединих одредаба закона застајао са поступком регистрације ради покретања поступка оцене уставности наведеног закона пред уставним судом.

Bosa Nenadić, Ph.D.
Judge of the Constitutional Court of Serbia, Belgrade

**The Contracts of Association of Companies and Supervision of their
Constitutionality and Legality**

Summary

The decision of founding a company and contract of association of the company is not general legal regulation, but a private juridical deed. Thus, the constitutional courts are not competent to decide about their legality. Up to day practice proves that the substance of decision of founding and of contract of association should be simplified and formalized, in order to harmonize them with their function. In such a case the question of their legality would not be posed in the way, in which it has been posed so far. The company continues its "life" after the registration, as a new legal entity, in accordance with the articles of association and other inner regulations, which bring the company's organs. All of those regulations, as general provisions, are the subject of supervision of constitutionality and legality by the Constitutional court.

Key words: *contract of association; legal nature of contract of association; supervision of constitutionality and legality.*