

др **Марко РАЈЧЕВИЋ**
редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци
др **Срђан РАЈЧЕВИЋ**

ПРАВНИ СТАТУС ОСНИВАЧА ПРИВРЕДНОГ ДРУШТВА

Резиме

У раду се разматра правни статус оснивача са аспеката важећих прописа Републике Српске. Дефинише се појам оснивача, врши њихова категоризација, те даје садржај моћних права и обавеза у фази оснивања привредног друштва. Посебно се расправља питање њихове међусобне одговорности као и одговорности према основаном друштву.

Кључне речи: оснивач, оснивачки акт, привредно друштво, оснивање.

I Увод

Свакодневно се догађа да из разлога утврђених релевантним законима, привредна друштва престају да постоје окончањем стечајног или ликвидационог поступка. Но, исто тако, свакодневно се оснивају разноврсна привредна друштва како би обављањем регистрованих дјелатности остварили сврху свог постојања, а то је стварање добити, профита.

Профит је, према томе, најчешћи и основни мотив који претходи одлуци оснивача да се упусте у својеврсни пословни подухват оснивања привредног друштва. С тим у вези је и Закон о привредним друштва-

ма¹ (у даљем тексту и: ЗПД) Републике Српске одредио циљ оснивања привредног друштва, а то је обављање дјелатности ради остваривања добити.² Циљ привредног друштва је разлог због чега се приступа оснивању. Са аспекта правне теорије циљ друштва означава се и као воља за друштво (*affectio societatis*) у смислу да је то његов конститутивни елеменат око кога мора да се постигне сагласност свих оснивача, јер у супротном друштво неће бити основано.³

Сама процедура оснивања регулисана је националним законима којима се уређује статус привредних друштва, без обзира да ли су у питању општекомерцијална или специјализована привредна друштва. Процедура може да се разликује у зависности од тога која врста привредних друштава се оснива, те ко то чини, а преко ње се одражава и однос државе према захтјеву за оснивањем конкретног привредног друштва. Отуда се може говорити о различитим системима оснивања привредних друштава у зависности од већег или мањег утицаја и учешћа државе у процедури оснивања, па се разликују нормативни, систем концесије или дозволе те законски систем оснивања. Ови системи примјењују се мање-више у свим националним законодавствима, с тим да је преовлађујући нормативни систем који је најпогоднији за оснивање општекомерцијалних привредних друштава, зато што у том систему изостаје дискреционо овлашћење регистарског органа да цијени економску оправданост оснивања чиме се не кочи слободна предузетничка иницијатива. Суштина тог система је у томе да законодавац прописује услове који се морају испунити да би привредно друштво било основано, а државни орган надлежан за регистрацију (суд или орган управе) има само могућност контроле испуњености прописаних услова, али не и овлашћење да контролише цјелисходност оснивања, односно економску оправданост оснивања, што може чинити у систему концесије. Оснивање привредног друштва законом или актом управе изузетак је и користи се да би се основала привредна друштва за обављање дјелатности од општег интереса.

Без обзира на то ко је оснивач и које привредно друштво оснива, те у оквиру ког система се то чини, да би се привредно друштво основало, морају се испунити одређени услови. У првом реду, мора постојати правни основ конкретног случаја оснивања, тј. мора постојати оснивачки акт као израз воље оснивача да се друштво оснује. Постојање

1 Закон о привредним друштвима, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 127/08, 58/09 и 100/11 (даље у фуснотама: ЗПД).

2 ЗПД, чл. 2 ст. 1.

3 Видјети: Д. Марковић-Бајаловић, *Право привредних друштава*, Источно Сарајево, 2011, стр. 37.

оснивачког акта је формални услов оснивања. Други услов оснивања је материјалне природе и садржан је у обавези оснивача да улогом обезбиједи минимум потребне имовине за настанак друштва, што је неопходно јер је привредно друштво правно лице, а материјални супстрат правног лица је имовина као његов конститутивни елеменат. Међутим, позиција оснивача, његов правни статус у погледу права и обавеза у фази оснивања, а и након регистрације друштва, се у многим детаљима разликује, зависно од тога који облик привредног друштва оснива, да ли је оснивач друштва правно или физичко лице, да ли је то субјект приватног или јавног права, да ли је то домаће или страно лице. Разлике у правном положају оснивача биће тема овог рада, те ћемо се бавити питањима ко може бити оснивач, како се оснивачи могу категорисати, која су њихова права и шта је садржај њихових обавеза и одговорности.

II Дефиниција оснивача

Да би се привредно друштво основало, како је претходно напоменуто, морају се испунити два основна услова – да се донесе оснивачки акт и да се на име будућег друштва уплате односно унесу улози. Из овог произилази да је оснивач оно лице које је учествовало у доношењу оснивачког акта и које је извршило обавезу преузету оснивачким актом. Закон о привредним друштвима Републике Српске каже да „лица која у смислу овог закона оснивају привредно друштво су оснивачи друштва“, те да „сви оснивачи привредног друштва потписују оснивачки акт“.⁴ Из оваквог одређења појма оснивача закључује се да се статус оснивача стиче прије стављања потписа на оснивачки акт. То би евентуално могло да се догоди у ситуацији када се закључи предуговор о оснивању привредног друштва, којим се за сауговораче акта ствара обавеза да закључе уговор о оснивању привредног друштва. Међутим, закључење предуговора о оснивању привредног друштва само је предрадња оснивања, и у најширем тумачењу би се могла схватити као дио поступка оснивања, ако би се под оснивањем друштва „подразумијевао укупност повезаних радњи и поступака“.⁵ Осим тога, закључење предуговора није уобичајена радња која претходи закључењу уговора о оснивању, тако да се не може закључити да је законодавац имао у виду такву ситуацију као уобичајену, због чега би и одређивао да оснивачи потписују оснивачки уговор. Исправна и јасна дефиниција би гласила: „оснивачи су

4 ЗПД, чл. 7 ст. 2.

5 С. Претнар, *Орис њримерјалнеја ѡрјовинскеја ѡрава, Трјовинске дружбе*, Љубљана, 1955, стр. 199.

лица која потписују оснивачки акт“. Ово је тачно зато што се до момента потписа оснивачког акта за неког не може утврдити да је оснивач, без обзира што би евентуално био потписник предуговора о оснивању привредног друштва. Но, оснивач, да би задржао такав статус, мора и да испуни обавезе преузете потписом оснивачког акта. Није битно да ли ће то учинити добровољно или ће на то бити присиљен тужбом са-оснивача. У крајњој линији, оснивачи су они који се као такви уписују у судски регистар, а тај упис је и доказ да су испунили своје обавезе, поготово ако се ради о друштву капитала.

Оснивач друштва уједно је и његов члан. Међутим, он се у погледу статуса од члана друштва разликује по томе што је учествовао у фази оснивања тако што је потписао оснивачки акт и испунио преузете обавезе до момента регистрације. Потпис на оснивачком акту је код оснивања отвореног акционарског друштва она разлика која одлучујуће дијели осниваче акционаре од акционара који су уписали и уплатили акције на основу проспекта. И акционари који су то постали на основу проспекта су фактички оснивачи, јер без њих друштво не би било основано, али, правно гледано, само потписници оснивачког уговора уговора имају статус оснивача.

III Опште претпоставке за стицање статуса оснивача

Процедура оснивања подразумијева преузимање низа правних радњи и послова усмјерених на испуњење законом прописаних услова потребних да би дошло до регистрације привредног друштва. С тим у вези, поставља се питање да ли оснивачи морају имати пуну правну и пословну способност.

По једном мишљењу, за физичко лице, као оснивача, не тражи се да има потпуну пословну способност, јер то може бити и лице које нема пословне способности или јој је она ограничена. У том случају ће за њега правно релевантне изјаве воље везане за оснивање дати законски заступник или старалац. Притом ће се легитимисати онако како то чини и при склапању других правних послова, а на њега се односе и сва ограничења која се тичу дјеловања законског заступника која су регулисана посебним прописима. Таквом заступнику неће бити потребна пуномоћ за заступање оснивача који има ограничену пословну способност или је уопште нема.⁶ Овакав став је прихватљив, зато што правно релевантне изјаве даје лице које има пуну правну и пословну способност. Друга би ситуација била да изјаве воље везане за оснивање даје и оснивачки акт потписује лице које

6 Ј. Барбић, *Право друштва, Друштво капитал, Загреб, 2001, стр. 116.*

нема пословну способност. Тада би се радило о ништавости радњи оснивача зато што то лице не може бити оснивач.⁷

Отварањем стечајног и ликвидационог поступка над друштвом долази до ограничавања правне и пословне способности. По једном мишљењу, друштво у ликвидацији не може бити оснивач, без обзира што до окончања поступка задржава субјективитет, јер за вријеме ликвидације привредно друштво може предузимати само послове везане за ликвидацију друштва.⁸ Када је друштво у стечају, треба правити разлику између банкротства и реорганизације. Стечајни дужник у поступку реорганизације могао би бити оснивач, за разлику од стечајног дужника у поступку банкротства.⁹ По другом, супротном мишљењу, оснивач друштва може бити и друштво у ликвидацији, јер оно у тој фази дјелује као и прије ликвидације, само што му је циљ да заврши пословање и након тога престане постојати. То може бити и привредно друштво у стечају, нарочито ако се оно налази у поступку реорганизације.¹⁰ Сматрамо да је исправно мишљење да друштво у ликвидацији не може бити оснивач с обзиром да је посао оснивања нови посао, а „привредно друштво не може предузимати нове послове, већ само послове у вези са провођењем ликвидационог поступка као што су продаја имовине, плаћање повјерилаца, наплата потраживања и друге послове нужне за ликвидацију друштва“.¹¹ Закон о стечајном поступку Републике Српске¹² експлицитно прописује да мјера реорганизације може бити и пренос дијела или цјелокупне имовине стечајног дужника на лица која ће бити основана.¹³ Према томе, стечајни дужник у реорганизацији може бити оснивач, али не и онај који је у банкротству, из истог разлога због којег то не може бити ни дужник у ликвидацији.

Претходно је наведено да ЗПД налаже да сви оснивачи потписују оснивачки акт. Међутим, то није искључење могућности да то у име оснивача и за његов рачун учини пуномоћник. Напротив, то би било могуће, али уз услов да дата пуномоћ буде нотарски обрађена. Ово зато што Закон о облигационим односима¹⁴ захтијева да и пуномоћ има

7 У том смислу З. Арсић, „Оснивач акционарског друштва“, *Правни животи*, бр. 12/2009, стр. 207.

8 З. Арсић, *нав. чланак*, стр. 206.

9 Исто.

10 Ј. Барбић, *нав. дело*, стр. 114.

11 ЗПД, чл. 343 ст. 1.

12 Закон о стечајном поступку, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 67/02 и 77/02 (даље у фуснотама: ЗСП).

13 ЗСП, чл. 142 ст. 2.

14 *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89 и *Службени гласник Републике Српске*, бр. 17/93, и 74/04.

форму правног посла за који се даје,¹⁵ а ЗПД за оснивачки акт привредног друштва захтијева форму нотарске обраде.¹⁶ Пуномоћ не мора бити специјална јер је довољна и општа, без навођења елемената оснивачког акта.¹⁷ За разлику од пуномоћника прокуриста се може легитимисати изводом из судског регистра, јер је он једини пуномоћник за којег се не захтијева пуномоћ издата у форми прописаној за предузимање правне радње потписивања нотарски обрађеног оснивачког акта.¹⁸ Према томе, због природе заступничког односа по којој су предузете радње од стране заступника, правно посматрано, радње заступаног, могуће је замислити и хипотетичку ситуацију да оснивачки акт не потпише ни један оснивач, а да се том чињеницом не повреди норма ЗПД која налаже да тај акт потпишу оснивачи.¹⁹

Може се догодити да након потписа оснивачког акта оснивач изгуби у потпуности пословну способност или му она буде ограничена на послове који не дозвољавају могућност испуњења обавеза из потписаног оснивачког акта. То не би требало да утиче на положај оснивача, кад се ради о оснивању акционарског друштва, јер се не сматра догматски прихватљивим став по коме се право на испуњење утврђује у корист пословно неспособног оснивача кога убудуће заступа заступник.²⁰ Међутим, овакав став се може прихватити кад се оснива отворено акционарско друштво, али кад се оснива друштво лица, па чак и затворено акционарско друштво или друштво са ограниченом одговорношћу са намјером да нагласак буде на елементима *intuitu personae*, ситуација може да буде другачија, те да остали саоснивачи траже раскид оснивачког уговора или измјену његовог садржаја. Слична је ситуација и у случају смрти оснивача након потписа оснивачког акта. Тај догађај не утиче на поступак оснивања акционарског друштва, зато што наслѣдници преузимају обавезе, али кад се ради о оснивању друштва лица, то може да има директне посљедице на поступак и ток оснивања с обзиром на утицај елемената личних односа у таквим друштвима, јер остали саоснивачи могу да одустану од оснивања не желећи за ортаке оснивачеве наслѣднике. Ово у толико прије у колико су остали саоснивачи ушли у процедуру оснивања због нарочитих квалитета преминулог оснивача пресудних и за намјераване пословне активности друштва кога оснивају.

15 ЗПД, чл. 343 ст. 1.

16 ЗПД, чл. 7 ст. 3.

17 З. Арсић, *нав. чланак*, стр. 206–207.

18 У том смислу Ј. Барбић, *нав. дело*, стр. 115, и З. Арсић, *нав. чланак*, стр. 207.

19 З. Арсић, *нав. чланак*.

20 З. Арсић, *нав. чланак*.

Оснивач може бити и тзв. привидни оснивач. То је лице које даје правно релевантне изјаве за оснивање привредног друштва, односно које потписује оснивачки уговор у своје име, али за туђи рачун. Привидни оснивач ће постати акционар у друштву без обзира што ће бити повјереник за лице за кога дјелује.²¹ Међутим, тешко је замислити такву ситуацију када је у питању оснивање друштава лица из разлога који су претходно наведени.

Када се у улози оснивача појављује правно лице, без обзира да ли само или са другим саоснивачима, битно је да је одлуку да се оснује друго друштво донио његов орган који то овлашћење има на основу одредаба оснивачког акта или статута. Правне радње оснивања за правна лица предузимају њихови органи овлашћени за заступање, што је случај када се ради и о друштвима капитала. Када је ријеч о друштвима лица, те радње предузимају чланови који су на то овлашћени оснивачким актом или уговором чланова.

IV Категорије оснивача

С обзиром да сви оснивачи имају истовјетне обавезе везане за доношење оснивачког акта и формирање имовине путем улога, могло би се тврдити да се њихов правни положај не разликује. Међутим, у погледу специфичности испуњења општих обавеза везаних за оснивање, могуће је правити разлике између њих. Тако би се могле разликовати ситуације када ново друштво оснива један или више оснивача, када то чине субјекти јавног или приватног права, када су оснивачи домаћа или страна лица, када се оснивају друштва лица или друштава капитала, те када се оснивају општекомерцијална или специјализована привредна друштва.

Постоји разлика између оснивача који оснива једноперсонално друштво и, на другој страни, оних који то чине заједнички у својству саоснивача. Ако један оснивач оснива ново друштво онда је његов избор ограничен на друштво са ограниченом одговорношћу и затворено акционарско друштво, с обзиром да се једино ове правне форме могу оснивати као једноперсонална друштва. У таквим ситуацијама оснивач мора донијети одлуку о оснивању, за разлику од саоснивача који морају закључити оснивачки уговор. Закључење уговора подразумејева сагласну изјаву воља саоснивача о свим његовим елементима. С тим у вези саоснивачи могу преговарати и закључити предуговор о оснивању.

Оснивачи могу бити субјекти јавног права који најчешће оснивају привредна друштва за обављање дјелатности од општег интереса, али

21 J. Барбић, *нав. дело*, стр. 118.

исто тако могу бити оснивачи општекомерцијалних привредних друштава, сами, или у односима јавноприватног партнерства са субјектима приватног права. Оснивачи, субјекти јавног права, када оснивају јавна предузећа, могу то, како је речено, да чине доношењем закона или управног акта, те им стога не треба учешће нотара. Нотар, међутим, мора обавезно да учествује у оснивању привредних друштава када се као оснивач појављује субјект приватног права, без обзира да ли је у питању правно или физичко лице. Разлика између ових категорија оснивача може да буде и у погледу могућих ограничења или обавезе добијања дозвола и одобрења за оснивање.

Ранији Закон о предузећима²² прописивао је да страна правна и физичка лица могу под условима узајамности основати предузеће у складу са тим законом и законом којим се регулишу страна улагања. У ЗПД таквог ограничења више нема, а Закон о политици директних страних улагања у Босни и Херцеговини²³ каже да страни улагачи имају иста права и обавезе као и резиденти Босне и Херцеговине.²⁴ Закон о страним улагањима Републике Српске каже да страни улагач може бити оснивач предузећа под истим условима као и домаћи улагач, те да се неће вршити дискриминација страних улагача ни по ком основу, укључујући, али се не и ограничавајући на њихово држављанство, мјесто боравка, вјерску припадност или државу поријекла улагања.²⁵ Међутим, постоји ограничење везано за страног улагача, јер „страни улог у главници неког предузећа које се бави производњом и продајом оружја, муниције, експлозива за војну употребу, војне опреме те јавним информисањем, не може прећи 49% главнице у том предузећу“.²⁶ Ово ограничење ублажено је посљедњим измјенама и допунама Закона о страним улагањима Републике Српске утолико што Влада може донијети одлуку, уколико оцијени да је то оправдано, да улог страног лица код одређених привредних друштава која се баве јавним информисањем, не подлијеже ограничењу везаном за висину учешћа у основној главници.²⁷ Према томе, иако нема ограничавања страних улагача наметањем обавезе репроцитетата, ипак постоји ограничавање у погледу учешћа у висини основне главнице у друштвима која се баве наведеним дјелатностима.

22 Закон о предузећима, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 24/98, 62/02, 66/02, 38/13 и 97/04, чл. 8 ст. 2.

23 Закон о политици директних страних улагања, *Службени гласник Босне и Херцеговине*, бр. 17/98, 13/13 и 48/10.

24 Закон о политици директних страних улагања у Босни и Херцеговини, чл. 8.

25 Закон о страним улагањима, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 25/02, 24/04 и 52/11, чл. 8.

26 Закона о политици директних страних улагања, чл. 4.

27 Закон о измјенама и допунама Закона о страним улагањима, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 52/11, чл. 3.

Разлика између оснивача постоји и у погледу друштва којег намјеравају основати. Када оснивају друштва капитала, оснивачи морају водити рачуна о обавези обезбјеђивања минимума основе главнице прописане ЗПД, а та обавеза не постоји када оснивају друштва лица.

Када се оснивају специјализована привредна друштва, као што су банке и осигуравајуће организације, онда оснивачи, поред нарочито високог минималног оснивачког капитала, морају добити дозволу саморегулаторних тијела, агенција за банкарство, односно осигурање, и то прије подношења пријаве за упис у судски регистар.

V Обавезе и права оснивача

Оснивачи приступају оснивању да би основали друштво које ће обављањем регистроване дјелатности остварити намјеравани циљ, најчешће изражен кроз остварену добит или какву другу директну или индиректну економску корист. С тим у вези дају им се одређена оснивачка права али и намећу одговарајуће обавезе и одговорности, како на основу закона тако и на основу оснивачког акта, статута или уговора чланова. Оснивачи морају испунити обавезе да би остварили права. У фази оснивања друштва доминирају обавезе, а права су у другом плану. Иако у овој фази оснивачи, сходно начелу аутономије воље, обликују друштво доносећи оснивачки акт, они морају водити рачуна о ограничењу оснивачке воље, имајући у виду оне границе које су им наметнуте императивним законским нормама. Њихове обавезе свде се на испуњење два основна услова везана за оснивање привредног друштва – на доношење оснивачког акта и на уношење улога. С друге стране, имају право да оснивачким актом обликују друштво и да за себе резервишу одређена права и погодности.

Обавеза доношења оснивачког акта је почетни корак у оснивању сваког друштва и формални основ и услов сваког оснивања, без обзира које и какво друштво се оснива. За нека друштва законом се дозвољава шира аутономија оснивачке воље у погледу слободе да се друштво обликује на замишљен начин, а за нека друштва та аутономија је сузжена. При томе, важи правило да је оснивачка аутономија најшира код друштва лица, те затворених акционарских друштава и друштава са ограниченом одговорношћу. Ово зато што та друштва имају јаче или мање изражене елементе *intuitu personae* и што су она, због тога, у односу на трећа лица затворена, па закон зато дозвољава да се осмисле по мјери оних који их оснивају и који ће као њихови чланови значајно или одлучујуће учествовати у доношењу најважнијих пословних одлука. Она се тичу само њихових интереса па је отуда оснивачима дата шира

слобода уређења унутрашњих односа. Међутим, отворено акционарско друштво конципирано је тако да је усмјерено на скупљање великог новчаног потенцијала чиме могу бити погођени интереси многих инвеститора, нарочито оних малих. Зато се оснивачима таквих друштава оставља мање простора да их уреде по мјери властитих интереса јер им императивне норме у том погледу сужавају оснивачку аутономију. Но, без обзира на то које се друштво оснива, оснивачи имају обавезу да донесу оснивачки акт при чему то морају да учине у форми нотарски обрађене исправе, без обзира да ли се ради о уговору или одлуци о оснивању. Форма нотарске обраде је форма *ad solemnitatem*, тј. услов је ваљаности оснивачког акта, с обзиром да је регистрација оснивања и других података ништава без нотарске обраде. Оснивачки акт морају потписати сви оснивачи који истовремено морају присуствовати нотарској обради и читању његовог садржаја. Оснивачки акт мора потписати нотар и констатовати да је тако поступљено.²⁸ Нотарска форма и учешће нотара утиче на већу правну сигурност и превенирање евентуалних спорова везаних за садржај оснивачког акта јер, између осталог, на нотару је обавеза и одговорност да тај акт има садржину прописану законом. Осим тога, нотар мора водити рачуна о томе да изјављена воља оснивача нема недостатака који би утицали на пуноважност оснивачког акта.

Обавезна садржина оснивачког акта прописана је ЗПД за све правне форме привредних друштава. Оснивачки акт друштва лица садржи податке о оснивачима, пословним имену, сједишту друштва, и ознаци врсте и вриједности улога.²⁹ За друштва капитала, морају се навести и износи основног капитала, трошкови оснивања друштва и други трошкови настали у вези оснивања друштва или до почетка обављања дјелатности друштва и посебне погодности које се дају лицима која су учествовала у оснивању или утврђивала услове за почетак пословања. Уз то, оснивачки акт акционарског друштва садржи и одредбу о томе да ли се друштво оснива као отворено или затворено, податке о броју и номиналној вриједности акција које су издате, врстама и класама акција које је друштво овлашћено да изда и права која дају акције сваке класе, као и рок трајања друштва, изузев ако је друштво основано на неодређено вријеме.³⁰

Оснивачким актом преузима се обавеза уношења улога на основу којих се формира имовина друштва која је материјални основ његовог

28 Закона о нотарима, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 86/04, 2/05, 74/05, 51/06, 37/07 и 50/10, чл. 70 ст. 5. Осниваче могу заступати и пуномоћници, како је већ и напоменуто.

29 ЗПД, чл. 50 и 87.

30 ЗПД, чл. 101 и 180.

правног субјективитета. Улози могу бити новчани те у стварима и правима, раду и услугама, као неновчани. Новац може бити домаћи или страни, ефективно уплаћен на привремени рачун депонованих новчанх улога код банке. Могу се уложити непокретне и покретне ствари, тачније, право својине или какво друго право на њима (нпр. право коришћења), друга имовинска права, као нпр. право потраживања, ауторско и право индустријске својине, право учешћа у неком друштву. Улози ортака у ортачком друштву могу бити и у раду и услугама, како извршеним, тако и оним који ће се тек извршити.³¹ То исто важи и за комплементарне командитног друштва, а командитори и чланови друштва са ограниченом одговорношћу могу на име улога урачунати извршени рад и пружене услуге.³² Улози акционара у отвореном акционарском друштву не могу бити у раду и услугама,³³ што у принципу важи и за затворено акционарско друштво, изузев ако је супротно одређено оснивачким актом, када тај улог може бити у извршеном раду и услугама за друштво.³⁴ Улози се морају процјенити, јер вриједност улога одређује и положај члана односно акционара. ЗПД дозвољава да улог процјене оснивачи и да ту вриједност унесу у оснивачки акт. Ако нема договора око вриједности неновчаног улога, оснивачи се могу договорити да то учини овлашћени процјењивач или суд у ванпарничном поступку.³⁵ Због тога што поступак оснивања отвореног акционарског друштва укључује трећа лица, акционаре, који нису оснивачи друштва, већ уписују акције након закључења уговора о оснивању, не може бити сагласности о вриједности оснивачких улога, па зато ЗПД захтијева њихову процјену од стране овлашћеног процјењивача.³⁶

Ствари и права уносе се у друштво на основу уговора о преносу. Кад су у питању некретнине, уговор о преносу права власништва мора имати форму нотарски обрађене исправе и садржавати змљишнокњижну изјаву оснивача да би био погодан за провођење у јавним евиденцијама у којима се воде права на некретнинама, што подразумијева да оснивач мора бити земљишно књижни претходник. Уговором о оснивању се може овластити лице које ће у име друштва закључити уговор о уносу, тако да друштво с тим улозима може слободно располагати након регистрације. У ЗПД прописано је да су чланови друштва обавезни да уложе своје улоге, али није прецизно одређено до када то треба учини-

31 ЗПД, чл. 54 ст. 1.

32 ЗПД, чл. 91 ст. 1. и чл. 105 ст. 1.

33 ЗПД, чл. 187 ст. 1.

34 ЗПД, чл. 187 ст. 2.

35 ЗПД, чл. 14 ст. 3.

36 Д. Марковић-Бајаловић, *нав. дело*, стр. 48–49.

ти. Обавеза на унос улога настаје закључењем оснивачког акта којим се одређује и кад та обавеза доспјева. То се може учинити одређивањем дана доспјећа, остављањем одговарајућег рока, али се мора водити рачуна и о законском року доспјећа уношења новчаних улога од двије године од дана регистрације. Мора се имати у виду и да Закон о регистрацији пословних субјеката захтјева уношење улога у стварима и правима до момента регистрације, јер налаже да се уз пријаву за регистрацију поднесе и доказ о новчаној вриједности „унесених“ ствари и права, што подразумева испуњење те обавезе прије регистрације.³⁷

Након доношења оснивачког акта и извршења обавеза уношења улога, оснивачи имају и друге обавезе зависно од тога које се друштво оснива. Тако оснивачи отвореног акционарског друштва имају обавезу да поднесу извјештај о оснивању и трошковима оснивања.³⁸ Најважнија обавеза након испуњења свих обавеза из оснивачког акта је подношење регистарске пријаве за оснивање друштва. Кад су у питању друштва лица ту пријаву подноси неко од оснивача, док код друштава капитала то не мора да буде тако.

Насупрот обавеза стоје права оснивача.

Оснивачи имају право да оснивачким актом реализују своју визију друштва којег желе основати. Оснивачким актом изражава се оснивачка аутономија која се, када се ради о оснивачком уговору као најчешћем акту оснивања, своди на уговорну аутономију. Ово зато што оснивачи сами одлучују да ли ће и какво ће друштво основати, с ким ће се ући у тај посао и каква ће садржина оснивачког акта бити. Њихово је право да одлуче да ли ће основати друштво лица или друштво капитала, да наведу дјелатности којима ће се друштво бавити, његову фирму и сједиште, оснивачки капитал, врсту и вриједност улога, вријеме трајања друштва, његове органе (нпр. да ли ће имати директора или управни одбор ако је ријеч о затвореном акционарском друштву или друштву са ограниченом одговорношћу), ко ће водити послове и заступати друштво ако се ради о друштвима лица, имају право да именују прве чланове управе, али и право на трошкове оснивања и посебне погодности.

Законом о привредним друштвима одређено је да оснивачки акт друштва са ограниченом одговорношћу и акционарског друштва садржи, између осталог, као битне елементе, и одредбе о трошковима оснивања друштва и о посебним погодностима које се дају оснивачима.³⁹

37 Закон о регистрацији пословних субјеката, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 42/05 и 118/09, чл. 26 ст. 1. Друга компанијска директива Савјета Европе од 13.12.1976. дозвољава у чл. 9 да се неновчани улози могу унијети и након регистрације, најкасније пет година од дана регистрације.

38 ЗПД, чл. 193 ст. 3.

39 Видјети чл. 101 и 180.

Трошкове оснивања, претпоставка је, сnose оснивачи, ако се не одреди да ће то пасти на терет друштва. Кад трошкове преузима друштво, онда ће то бити само до висине која је одређена оснивачким актом.⁴⁰ Посебне погодности дају се поједином оснивачу или трећем лицу и морају се унијети у оснивачки акт уз навођење лица коме се дају. Ако се дају на одређено вријеме мора се одредити рок до кога ће се то чинити. Могу престати истеком тог рока или измјеном оснивачког акта. Ако посебне погодности нису одређене оснивачким актом, тада ни уговори којима се оне утврђују неће имати никакво дејство. Измјенама оснивачког акта друштва након регистрације не може се правно ваљано обезбиједити да такви уговори дејствују према друштву.⁴¹ Посебне погодности су за друштво обавезујућа посебна права, награде и накнаде које се утврђују у корист оснивача за учествовање у настанку друштва. Оне могу бити имовинскоправног карактера, као што је приоритетна дивиденда и приоритетна квота у остатку ликвидационе масе, фиксна плаћања, провизија од промета, бесплатно коришћење постројења која припадају друштву, обавеза друштва да преузме робу неког оснивача или да неком оснивачу продаје своје производе. Посебна погодност се јавља као једнострано обећање на терет друштва, поводом његовог оснивања и своје оправдање нема у противчинидби оснивача.⁴² Трошкови оснивања су, за разлику од посебних погодности, противчинидба за трошкове које су имали оснивачи. Они обухватају плаћање услуга нотара, судске таксе, трошкове објављивања уписа и услуга других лица која су учествовала у оснивању. Одсуство противчинидбе је разлог због којег посебне погодности иду на терет добити, односно остатка ликвидационе масе, с обзиром да би у противном представљале повраћај улога.⁴³ Трошкови оснивања не морају ићи на терет добити.⁴⁴ У неким правима, као што је хрватско, оснивачима се изричито забрањује да се трошкови надокнађују из основног капитала друштва, али трошкови се изузетно могу платити на терет друштва само до висине највише накнаде утврђене уговором о оснивању.⁴⁵ Такво рјешења правда се тиме да се сви оснивачи друштва морају сагласити да се трошкови подмирују из онога што су унијели у друштво јер им је тако свима познато колики су и колико ће се тиме смањити почетна средства друштва која су иначе

40 ЗПД, чл. 104 и 184.

41 ЗПД, чл. 183.

42 З. Арсић, „Посебна права, награде и накнаде“, *Право и привреда*, бр. 5–8/2001, стр. 110–111.

43 З. Арсић, „Посебна права, награде и накнаде“, стр. 114.

44 *Ibid.*

45 Види чл. 393 Закона о трговачким друштвима, *Народне новине*, бр. 111/93 и 125/11.

намијењена за пословање. Сваки трошак који прелази горњу границу одређену оснивачким актом оснивачи ће сами сносити. По принципу транспарентности трећа лица се на тај начин обавјештавају да друштво кад почне са радом неће имати онолико средстава колико му је уплаћено при оснивању, него да ће та средства бити умањена за износ који је наведен у оснивачком акту.⁴⁶

VI Одговорност оснивача

Упис оснивања друштва у регистар има контитутивно дејство. Тим моментом оно стиче правни субјективитет што значи да се може имовински обавезивати и одговарати за преузете обавезе. Регистрација је крај фазе оснивања у току које оснивачи морају предузети низ радњи и поступака те сносити трошкове оснивања. Они се имовински обавезују на основу оснивачког акта, јер морају унијети улог у друштво, али се обавезују и према трећим лицима са којима закључују потребне уговоре како би друштво било основано. Отуда оснивачи могу одговарати једни према другим за обавезе преузете оснивачким актом или према трећим лицима са којима су закључили уговоре на основу којих настају имовинске обавезе.

Уговор о оснивању је најчешћи оснивачки акт. Он има статусна али и облигационоправна дејства,⁴⁷ јер на основу њега настаје обавеза уношења улога у друштво.⁴⁸ Иако има облигациона дејства ипак постоје значајне разлике између овог уговора и чистог двостранообавезујућег облигационог уговора.⁴⁹ Разлика има више. Тако, циљ закључења облигационих уговора је противчинидба друге стране, а уговора о оснивању оснивање привредног друштва у име чега се оснивачи обавезују да испуне одређене чинидбе, тј. да унесу улоге. Ако један уговарач не испуни ту обавезу, други сауговарачи не могу одбити извршење својих обавеза већ захтјевати накнаду штете или уговорну казну. Ово зато што изјаве воља оснивача нису усмјерене једна према другој, већ стоје паралелно и у својој укупности представљају оснивачки акт.⁵⁰ Неиспуњење уговора од стране неколико или већине саоснивача ипак би могло водити раскиду оснивачког уговора јер би то могло утицати на остварење његовог

46 J. Варбић, *нав. дело*, стр. 741.

47 М. Васиљевић, *Компанијско право*, Београд, 2011, стр. 57.

48 На извршење обавеза према привредном друштву у вези са улогом у имовину друштва примјењују се одредбе ЗПД и Закона о облигационим односима, како експлицитно одређује чл. 13 ст. 4 ЗПД.

49 J. Барбић, *Право друштва, Оџи quo*, Загреб, 2008, стр. 135.

50 Н. Wurdinger, *Aktien und Konzern Recht*, Karlsruhe, 1973, стр. 90.

циља с обзиром да тада долази у питање формирање уговореног износа основног капитала.

Облигационо дејство оснивачког уговора израженије је до регистрације друштва, а статусно након тог момента. Зато се уговор евентуално може раскинути до регистрације али не и након тога јер би то значило престанак друштва, а друштво тада може престати само из разлога прописаних законом уз провођење стечајног односно ликвидационог поступка. Оснивачки уговор до регистрације се мијења као и облигациони, сагласном изјавом воља свих сауговорача, а након тога техником права друштва, када ће се о томе одлучивати квалификованом већином чланова, односно акционара.

Оснивач који не унесе улог или касни са уношењем, има обавезу да надокнади проузроковану штету. Кад се ради о новчаном улогу дужан је да плати камату по стопи одређеној оснивачким уговором или законску затезну камату, ако уговором то није уређено. Кашњење са уношењем неновчаних улога може проузроковати обавезу плаћања уговорне казне у износу одређеном оснивачким уговором.

Посебно важно питање је одговорност оснивача за обавезе које се у фази оснивања преузму у корист друштва. Тада треба обезбиједити интересе трећих лица јер друштво још није основано а пријети опасност и да до тога не дође. Зато је логично да лицима са којима су оснивачи закључили уговоре у корист будућег друштва одговарају оснивачи, јер у вријеме оснивања не постоји друштвена имовина из које би се могла наплатити потраживања, већ само постоји обавеза оснивача да своје улоге у уговореној висини унесу у друштво.⁵¹ Оснивачи су једино реално постојећи субјекти у тренутку закључења уговора, са њима се такви уговори закључују, па се од њих може захтијевати и да обавезе које су преузели изврше, без обзира што је то учињено у корист будућег друштва. То практички значи да све што неки оснивачи преузму у име друштва у оснивању, до регистрације друштва, раде то на сопствени ризик и одговорност. Овакво рјешење било би неповољно по осниваче али и по лица са којима су закључивали предрегистрационе уговоре у корист будућег друштва. Зато Закон о привредним друштвима тај терет одговорности за имовинске обавезе пребацује на све осниваче одређујући да ће они и друга лица, за обавезе преузете у вези са оснивањем друштва, одговарати солидарно цјелокупном имовином, ако уговором са трећим лицима која имају потраживања по том основу није другачије одређено.⁵² Ради се о томе да се у фази насталој након закључења уговора о оснивању

51 Д. Дивљак, „Привредно друштво у оснивању и одговорност у правном промету“, *Правни живот*, бр. 11/1996, стр. 28-29.

52 ЗПД, чл. 12 ст. 1.

може говорити о постојању грађанско-правног ортаклука, јер за обавезе које један ортак преузме у име ортаклука, остали ортаци одговарају солидарно.⁵³ Ово је рјешење и Прве компанијске директиве ЕУ која, у циљу заштите трећих савјесних лица прописује да за радње преузете прије него што је друштво стекло субјективитет, а у случају да друштво не прихвати обавезе проистекле из тих радњи, одговарају лица која су их предузела, и то неограничено солидарно.⁵⁴ Привредно друштво одговараће солидарно са оснивачима ако након регистрације преузме те обавезе.⁵⁵ Према томе, у нашем праву нема законске суброгације основаног друштва у права и обавезе које су у име друштва у фази оснивања створили оснивачи, већ је потребно да те обавезе друштво преузме.

У националним правима која познају установу преддруштва, као што је хрватско, ситуација је много јаснија и једноставнија. Наиме, у моменту када се закључи оснивачки уговор настаје преддруштво које дјелује до момента регистрације, када престаје постојати аутоматски, на основу закона, без ликвидације. Сматра се да је то самостални организациони облик који се подргава прописима који регулишу одређени тип друштва који се жели основати.⁵⁶ То је привредно друштво у настајању, нема правни субјективитет, али може предузимати права и обавезе везане за оснивање будућег друштва. То су права и обавезе заједничке неподјелене имовине оснивача преддруштва, а не посебна имовина сваког члана преддруштва. Моментом регистрације долази до законске суброгације новооснованог друштва у права и обавезе преддруштва.

По Закону о привредним друштвима оснивачи који не изврше обавезе у вези са оснивањем привредног друштва или дају нетачне податке о улогу одговарају друштву за проузроковану штету.⁵⁷ Наведено је да је основна обавеза оснивача да унесу улоге у друштво и да снесу трошкове оснивања до момента регистрације друштва. Извршењем тих обавеза на начин како је то одређено оснивачким актом и ЗПД друштво ће бити основано. У циљу обезбјеђења да ће се у друштво унијети вриједност основног капитала, ЗПД и прописује грађанскоправну одговорност оснивача за штету причињену друштву поступцима и радњама у фази оснивања друштва. Нарочит је случај одговорности када неки од оснивача није у стању унијети у друштво ствар или право иако се на то

53 И. Јанковец, „Примена правила о ортаклуку на односе између оснивача привредног друштва“, *Нови уговори од значаја за привредни развој Југославије*, Београд, 1995, стр. 223.

54 Прве директиве ЕУ 68/151 из 1968. године, чл. 7.

55 ЗПД, чл. 12. ст. 1.

56 В. Горец, З. Ђесић, В. Буљан, В. Бркановић, *Коментар закона о привредним друштвима*, Загреб, 2008, стр. 17.

57 ЗПД, чл. 13 ст. 3.

обавезао. Тада друштву за штету одговарају они оснивачи који су прихватили ућешће таквог оснивача у оснивању, а знали су да није способан испунити преузету обавезу. Оснивачи морају у вријеме преузимања обавезе неког оснивача знати за његову неспособност да у друштво унесе улог, чак би могли одговарати и за његову касније наступјелу неспособност за уношење улога ако до ње дође прије регистрације друштва, када се такво лице могло искључити из поступка оснивања.⁵⁸ Оснивачи одговарају и за нетачне податке о улозима, нпр. о вриједности и карактеристикама или квалитету улога. Ово нарочито кад сами процјењују вриједност тих улога. Повјерилац из односа одговорности за штету је само друштво, а дужници оснивачи. У име друштва захтјев за накнаду штете према оснивачима поднијеће управа друштва.

VII Закључак

Оснивање привредног друштва подразумијева предузимање низа повезаних радњи и поступака усмјерених на реализацију постављеног циља који се остварује регистрацијом друштва. Носиоци свих активности у фази оснивања су оснивачи који такав статус стичу стављањем потписа на оснивачки акт. Њихов статус регулисан је Законом о привредним друштвима који им намеће обавезе, прописује одговорности али и даје одређена права. Општи правни статус оснивача исти је, без обзира који облик привредног друштва оснивају јер морају донијети оснивачки акт, испунити материјалне обавезе из тог акта како би формирали имовину друштва, те регистровати друштво. Конкретни правни статус оснивача зависиће од низа околности, али у првом реду од тога који се правни облик друштва оснива. Та околност може у највећој мјери одредити њихова конкретна права и обавезе, с обзиром да је за сваки организациони облик Законом о привредним друштвима прописана нека специфичност у садржају и поступку оснивања.

Статус оснивача одраз је садржаја прихваћене концепције оснивања која може стимулативно или дестимулативно утицати на жељу потенцијалних оснивача да се упусте у такав пословни подухват. Отуда и напори законодавца да се статус оснивача побољша посебно у погледу скраћивања и поједностављења процедуре оснивања као и смањења трошкова оснивања.

58 Ј. Барбић, *Друштво календар*, стр. 213.

Marko RAJČEVIĆ, PhD

Professor at the Faculty of Law, University of Banja Luka

Mag. Srđan RAJČEVIĆ

LEGAL STATUS OF THE FOUNDERS OF THE COMPANY

Summary

This paper considers the legal status of the founders in terms of current legislation of the Republic of Srpska. Paper defines the term of the founders, considers their categorization, and provides the content of their rights and obligations during the company's establishment process. The issue of their mutual responsibility and accountability in regards to the established company is considered with special attention.

Key words: *founder, the articles of establishment, company, foundation.*