

**Др Зоран ВАСИЉЕВИЋ**  
доцент на Правном факултету Универзитета у Бањој Луци

## **ПРАВНА ПРИРОДА СТАЊА ПРЕДДРУШТВА**

### **Резиме**

*У раду се покушава извршити временско и правно детерминисање периода прије стицања правног субјективитета једног привредног друштва. Да се ради о једном од најсложенијих проблема компанијског права, говори и чињеница различитости теоријских приступа и законских режима у упоредном праву. Једино је за заједницу насталу прије склапања оснивачког акта донекле усаглашено мишљење да има правну природу уговора о грађанском ортаклуку. Напротив, за период који траје након овог тренутка све до регистрације привредног друштва прилично је тешко одредити правну природу и правила која треба примијенити на унутрашње и спољне односе чланова заједнице која се може назвати преддруштвом. Мишљења иду од признавања корпоративне правне природе, па чак и потребе признања макар ограниченог правног субјективитета, па до негације идентитета са будућим друштвом и заступања искључиво грађанскоправне природе настале заједнице којој се не признаје правни субјективитет. Аутор се приклања другом ставу, подржавајући теорију да и преддруштво има правну природу грађанскоправног ортаклука.*

**Кључне ријечи:** *предуговор, преддруштво, грађански ортаклук, инкорпорација.*

### **I Увод**

Поступак оснивања једног привредног друштва представља фазу коју оснивачи морају безусловно проћи у циљу реализације намјере стварања новог субјекта у правном и пословном животу. Они, прије свега, требају испунити захтјеве које законодавац пред њих поставља, како би показали своју озбиљност и постојање воље за оснивање. Осим тога, креатори будућег привредног субјекта могу имати унапријед развијен концепт спровођења овог пројекта који изискује предузимање и других

правних радњи које им легислатива не намеће, али их они сами сматрају неопходним још у периоду прије стицања правног субјективитета.

Период прије инкорпорације привредног друштва представља један од најизазовнијих са гледишта правне теорије, и то услјед бројних, још увијек, отворених питања која се у вези с њим појављују. Наиме, многе су дилеме које се појављују у наведеном периоду, почев од тога колико он траје, да ли се може подијелити на подфазе, преко тога која му је правна природа, па до проблема правних послова који се могу предузимати, односно могућности њиховог ограничења, одговорности лица који их предузимају, али и осталих који су укључени у процес оснивања, те питања одговорности новооснованог привредног друштва за већ преузете обавезе, односно начина њиховог преузимања.

Међу наведеним питањима, оно о правној природи стања прије регистрације привредног друштва вјероватно представља и кључно питање, с обзиром да даје одговор на слиједеће питање која правна правила треба примијенити на односе између субјеката у правним пословима у наведеном периоду, као и на питање да ли постоји идентитет између овог стања које добар дио теорије назива „преддруштво“ и самог привредног друштва као правног субјекта, па самим тим и да ли новоосновано друштво мора да одговара за обавезе створене у фази оснивања.

## II Трајање преддруштва

Неспорно је да оснивање привредног друштва траје све до тренутка доношења рјешења од стране надлежног органа о упису у регистар привредних субјеката. Тренд у упоредном праву састоји се у измијештању вођења овог регистра из дјелокурга судске власти и повјеравању управним организацијама, а све у циљу растерећења правосудног апарата, убрзања регистрације и олакшања поступка оснивања у корист оснивача. Такав је случај и у Србији гдје је наведени посао повјерен Агенцији за привредне субјекте. С друге стране, у Републици Српској посао регистрације и даље обављају правосудни органи и то регистарске судије Окружних привредних судова. Доношењем новог Закона о регистрацији пословних субјеката у Републици Српској,<sup>1</sup> омогућене су, ипак, и одређене олакшице приликом спровођења процедуре оснивања, прије свега, укључивањем Агенције за посредничке, информатичке и финансијске услуге РС (у даљем тексту: АПИФ), као управне организације

1 *Службени гласник Републике Српске*, бр. 67/13. Такође, уведен је једношалтерски систем, који подразумева и прибављање јединственог идентификационог броја код надлежног пореског органа, а ако је могуће и царинског броја код Управе за индиректно опорезивање од стране АПИФ-а, као вид додатне услуге оснивачима. Видјети чл. 2-16 наведеног Закона.

преко које се подноси пријава за регистрацију са потребном документацијом, а коју она даље прослијеђује надлежном регистарском суду.

Оно што је спорно, пак, јесте тренутак отпочињања стања преддруштва. Наше право, као ни већина упоредних права, се не изјашњава о овом питању. Углавном се прихвата мишљење да тзв. преддруштво настаје усвајањем оснивачког акта у захтијеваној форми. Међутим, на оснивању привредног друштва се ради и прије тог тренутка, па се поставља питање евентуалне различитости правних природа ових двију подфаза периода оснивања привредног друштва.

У иницијалној фази, када се потенцијални оснивачи тек први пут састају како би размотрили идеју стварања привредног друштва, не мора да постоји било какав акт који би се примјењивао на њихове међусобне односе, као и односе према трећим лицима у које ће неки од њих или сви ступати у даљем току оснивања, тј. припремања терена за настанак и дјеловање привредног друштва. Готово је неподјељено мишљење да у наведеном периоду који траје све до доношења оснивачког акта,<sup>2</sup> треба примјенити правила грађанског ортаклука.<sup>3</sup>

На издвајању ове фазе оснивања инсистира њемачка правна теорија, која јој даје назив „предоснивачко друштво“.<sup>4</sup> На основу таквог претходног дјеловања не постоји обавеза оснивања привредног друштва, иако то јесте циљ, али може да се одговара за евентуално штету у случају несавјесног поступања. Ово је поготово случај уколико се оснивачи одлуче за закључење предуговора о оснивању привредног друштва. У том случају, ова фаза оснивања оправдано може да добије назив „предуговорно друштво“ (њем. *Vorvertragsgesellschaft*). У том периоду се ради о чистом облигационом односу, и то унутрашњем између оснивача.

Да би предуговор, пак, могао да добије и снагу оснивачког акта, он мора да буде сачињен у форми која се тражи за сам оснивачки акт и да садржи све потребне елементе законом прописане за оснивачки акт, зависно од тога који се организациони облик привредног друштва жели основати. Ако би ови услови били испуњени, тада би судска пресуда могла замијенити уговор о

2 Мада постоји и мишљење да би се овај период у односу на фазу преддруштва могао разграничити тренутком уписа цјелокупне вриједности основног капитала друштва. Видјети Драго Дивљак, „Привредно друштво у оснивању и одговорност у правном промету“, *Правни живот*, бр. 11/96, 30.

3 Тако Јакша Барбић, *Право друштва – онћи дио*, 3. издање, Загреб, 2008, 201. Видјети и Götze Hueck, Christine Windbichler, *Gesellschaftsrecht*, 21. Auflage, München, 2008, 207.

4 Њем. *Vorgründungsgesellschaft*. Види: G. Hueck, C. Windbichler, 206-207; Friedrich Kübler, *Gesellschaftsrecht*, 4. Auflage, Heidelberg, 1994, 433.

оснивању друштва.<sup>5</sup> Ово се, наиме, може десити уколико неко од лица која су потписала предуговор одбије предузети неопходне правне радње у циљу оснивања друштва, односно уколико одбије потписати оснивачки акт. У сваком случају, на предуговор се могу примијенити и правила о промијењеним околностима, на основу којих престаје обавеза закључивања уговора ако би се околности у међувремену толико измијениле да предуговор не би био ни склопљен да су те околности постојале у моменту његовог склапања.

Јасна је, према томе, правна природа стања до момента усвајања оснивачког акта. У питању је грађански ортаклук.<sup>6</sup> Ипак, главна дилема се односи управо на период од склапања оснивачког акта па до регистрације привредног друштва, тј. момента стицања правног субјективитета. Стога се поставља питање која правна правила у овој фази треба примијенити како на односе између самих оснивача, тако и на питање њихове одговорности за обавезе преузете према трећим лицима у своје или у име привредног друштва, које у том периоду још увијек не постоји.

### III Дилеме у вези одређивања правне природе

Данас у упоредном праву и правној теорији постоје различити концепти одређења правне природе оснивачке фазе након доношења оснивачког акта, коју бисмо и ми, ради једноставнијег излагања, могли назвати преддруштво.<sup>7</sup> Наведени назив, који потиче из њемачког права (*Vorgesellschaft*), а који је од земаља региона прихватило хрватско законодавство,<sup>8</sup> усваја и дио наше теорије.<sup>9</sup> Међутим, само прихватања назива ни у ком слу-

5 Ј. Барбић, 202-203. Према чл. 268 ст. 5. хрватског Закона о обвезним односима тужба против несавјесног оснивача би се могла подићи најкасније у року од шест мјесеци од истека рока предвиђеног за склапање уговора (тј. оснивачког акта), а ако тај рок није био предвиђен, онда од дана кад је по природи посла и околностима требало склопити уговор.

6 Ни њемачка теорија не спори грађанскоправну природу наведеног стања (третира се као *BGB-Gesellschaft*). Само изузетно може да постане и отворено ортакло друштво (*Offene Handelsgesellschaft*), у складу са пар. 105 ст. 1. Трговачког законика Њемачке из 1897. године (*Handelsgesetzbuch*). Види: G. Hueck, C. Windbichler, 207, 296. Исту правну природу имају и тзв. лажна или неуспјела преддруштва, у случају којих од почетка није постојала намјера регистрације привредног друштва или се од ње касније одустало. У оваквим ситуацијама одговорност чланова за обавезе је лична и неограничена. *Ibid*, 214.

7 У раније важећем Закону о предузећима Србије из 1996. и Р. Српске из 1998. год., ово правно стање се називало „пренос потраживања и дуговања“. Видјети чл. 6 наведеног Закона (*Сл. гласник Р. Српске*, бр. 24/98).

8 Закон о трговачким друштвима Хрватске (*Народне новине*, бр. 113/93, 34/99, 52/00, 118/03), чл. 6.

9 Видјети Зоран Арсић, Владимир Марјански, *Право привредних друштава*, 2. издање, Нови Сад, 2015, 124; Стеван Шогоров, „Одговорност оснивача за обавезе предузећа – преддруштва“, *Право и привреда*, бр. 5-8/98, 42-51.

чају не подразумејева прихватање и теорије о његовој правној природи коју су произвели њемачки аутори, а прихватили и неки од наших.<sup>10</sup>

Према наведеном схватању, преддруштво није одвојено од привредног друштва, већ се ради о истом друштву које регистрацијом стиче правни субјективитет, тј. оно је привредно друштво у настајању (*in stato nascendi*). Сматра се да је ријеч о друштву *sui generis*, које је, иако још није стекло правни субјективитет, након склапања оснивачког акта почело правно да егзистира.<sup>11</sup> Штавише, ово друштво има и своје органе које мора изабрати прије регистрације, а који су потом задужени да поднесу пријаву надлежном регистру.<sup>12</sup> Поједини аутори, ипак, сматрају да из овог не може произаћи органска структура преддруштва, већ да тако именовани органи представљају само пуномоћнике заједнице која се назива преддруштво.<sup>13</sup>

У суштини, сам концепт преддруштва има своја два основна схватања. Прво, према коме преддруштво и привредно друштво чине јединство (теорија јединства – идентитета) и друго, према коме је преддруштво удружење грађанског права без правног субјективитета, те које се не може поистовјетити са новонасталим друштвом (теорија правне одвојености).<sup>14</sup> Основна дилема, коју на различите начине рјешавају наведене теорије, јесте која правна правила примијенити на интерне и екстерне односе оснивача прије регистрације привредног друштва. Присталице теорије јединствености су склоне да превагу дају прописима компанијског права, док они који заступају теорију правне одвојености сматрају да се преваходно ради о облигационоправним односима.

10 Ову теорију у нашем праву заступа С. Шогоров. Види: С. Шогоров, 45.

11 Д. Дивљак, 31. Сматра се да оно није ни друштво грађанског права, ни удружење (*Verein*), већ једно *sui generis* друштво заједничке руке (*Gesamthandsgesellschaft eigener Art*), какву природу има и ортакчко друштво у њемачком праву, које такође нема правни субјективитет. Оно престаје без ликвидације моментом регистрације привредног друштва. Видјети Uwe Hüffer, *Aktiengesetz*, 9. Auflage, München, 2010, 198, 203. Слично схватање заступа и F. Kübler, 433. Овај аутор сматра да је преддруштво „једна организација, која подлијеже посебном правном режиму“. *Ibid*, 438. С друге стране, дефинише се и као „удруживање *sui generis*“ (*Vereinigung eigener Art*), које у великој мјери одговара друштву са ограниченом одговорношћу које се оснива. Стога се истиче да је, осим оснивачког акта, на односе у овој фази могуће примјенити и правила која се односе на д.о.о, осим уколико нису инкомпатибилна са стадијумом оснивања. Види: G. Hueck, C. Windbichler, 207.

12 Видјети Закон о трговачким друштвима Хрватске, чл. 62 ст. 4.

13 Види: Звонимир Слакопер, *Друштво са ограниченом одговорношћу (у судској пракси и правној теорији)*, 2. издање, Загреб, 2009, 97.

14 Више о наведеним теоријама: С. Шогоров, 43-44. Такође, видјети U. Hüffer, 203.

Ставови у германској правној литератури да је за предметну фазу прихватљива и природа грађанскоправног ортаклука су, ипак, временом побијеђени, па тако и компромисна схватања, којима се покушало помирити двије супротстављене теорије, изношењем становишта да друштво могу обавезивати само они правни послови које су органи закључили у оквиру својих овлашћења, тј. само они који су неопходни или макар корисни за настанак и касније постојање будућег друштва, ипак, полазе од теорије јединствености.

Присталице компанијскоправне природе преддруштва истичу и бројне предности таквог приступа. Сматра се да унос ствари и права прије регистрације не би био могућ без постојања преддруштва, а посебно се наглашава значај ове чињенице у случају кад је предмет улога неко предузеће, које би у међувремену пропало кад не би имао ко да с њим управља у фази оснивања.<sup>15</sup> Стога се пледира за то да се чак омогући и уписивање права својине, па и других стварних права на некретнинама које се уносе у друштво, у земљишне књиге, и то као заједничко неподијељено власништво у корист и на име свих чланова као заједничких власника тако да се сви и назначе као преддруштво привредног друштва чији су чланови.<sup>16</sup> Ови захтјеви су упућени у циљу спречавања накнадног преношења права својине над већ уложеним некретнинама трећим лицима.

Први извор који би требало примјењивати на односе у преддруштву је свакако оснивачки акт. Међутим, јасно је да иако постоји слобода регулисања односа и у фази преддруштва, оснивачи то, по правилу, не чине. Напротив, у оснивачки акт се најчешће уносе само основне одредбе које су нужне и прописане законом као услов за правну ваљаност таквог акта, док се евентуална разрада у случају потребе врши другим општим актом (нпр., статутом или уговором чланова) који се не мора регистровати и чије измјене изискују једноставнију процедуру и мање трошкове. С друге стране, чак и кад би се односи из преинкорпорационе фазе регулисали овим актом, тешко би било предвидјети све могуће ситуације и искључити потребу за супсидијарним изворима права.

Присталице корпоративне природе преддруштва, стога, излаз виде у супсидијарној примјени норми компанијског права, и то зависно од тога који се организациони облик привредног друштва жели основати. Само уколико би то била друштва лица, могли би се примијенити и облигационо-

---

15 Види: Ј. Барбић, 177-178. И G. Hueck, C. Windbichler истичу да преддруштво може да управља предузећем, па чак и да буде у улози комплементара командитног друштва. Види: G. Hueck, C. Windbichler 209. Такође, F. Kübler, 436.

16 Ј. Барбић, 185.

правни извори, тј. правила уговора о ортаклуку.<sup>17</sup> И овдје се, ипак, разликују системи у којима ортачка друштва немају правни субјективитет, попут њемачког, и они гдје га имају, као што је хрватско законодавство. Само у првим би била могућа примјена правила грађанског ортаклука, док би у другим, досљедним заступањем усвојеног става, прво требало примијенити правила трговинског ортаклука, па тек онда грађанског.

Када је ријеч, пак, о будућим друштвима капитала, тада се заступа недвосмислено становиште да треба примијенити правила одговарајућег типа привредног друштва.<sup>18</sup> Изузетак се чини једино у односу на она правила која изричито претпостављају правни субјективитет. Тако, нпр., оснивачки акт друштва са ограниченом одговорношћу не би могао да се измијени квалификованом већином, како би иначе било могуће да је друштво регистровано, већ би се морао усвојити нови акт од стране свих оснивача, и то у форми законом прописаној за доношење, а не измјене оснивачког акта, уколико је ова друга евентуално блажа, као што је случај у праву Р. Српске.<sup>19</sup> Оваквим приступом се, међутим, одступа од досљедне примјене концепта идентитета преддруштва и друштва, па се у њемачкој правној теорији јављају и другачија становишта, према којима и у наведеним случајевима треба примијенити право привредних друштава и прихватити измјене путем квалификоване већине. Постоји и мишљење компромисног карактера према коме би се могле прихватити измјене оснивачког акта квалификованом већином, али да се то може регистровати тек након стицања правног субјективитета.<sup>20</sup>

17 Тако С. Шогоров, 45.

18 Тако би, нпр., повјериоци преддруштва друштва капитала своја потраживања могли остваривати само од преддруштва, које би могло захтијевати од оснивача покриће губитака само до висине обећаног улога у друштво. Види: G. Hueck, C. Windbichler, 210-211. С друге стране, F. Kübler признаје да је спорно питање обима одговорности и тога према коме постоји иста, те износи четири различита схватања почев од непостојања одговорности за правне послове, већ само за законске обавезе, преко ограничене спољне одговорности само до висине обећаног улога (које становиште заступају и Hueck и Windbichler), па до неограничене унутрашње одговорности према преддруштву за губитке или неограничене спољне одговорности према повјериоцима. На крају се одређује за посљедње рјешење као најприближније правној природи овог стања истичући да је необједљиво тумачење о потреби примјене правила о ограниченој одговорности чланова привредног друштва које још није ни основано, уз постојање неизвјесности да ли ће уопште и доћи до оснивања (нпр., у случају одустајања од намјере регистрације и претварања преддруштва у „лажно“). Видјети F. Kübler, 440-441.

19 За доношење је неопходна нотарска обрада, док се измјене могу вршити и у форми нотарске потврде. Видјети Закон о привредним друштвима Републике Српске (*Сл. гласник РС*, бр. 127/08, 100/11, 67/13; у даљем тексту: ЗПД), чл. 7. За хрватско право, видјети J. Барбић, 182.

20 Види: J. Барбић, 182-183.

Осим досљедношћу у провођењу концепта идентитета, предности примјене компанијскоправних над облигационоправним прописима се бране и другим аргументима. Тако се истиче на прво мјесто сврха склапања оснивачког акта, а то је стварање привредног друштва и што скорија примјена правила која регулишу жељени организациони облик. Затим се наглашава да је то чак у складу и са основним принципима облигационог права да уговоре треба тумачити у складу са заједничком намјером уговарача, а то је код уговора о оснивању примјена одредаба компанијских закона. Такође, сматра се да су правила компанијског права изричита, док би примјена облигационог права захтијевала сложенија тумачења и правне конструкције. Предност правила привредних друштава покушава се оправдати и општим принципом *lex specialis derogat legi generali*. Коначно, сматра се да и сами разлози престанка преддруштва, од којих су неки истовјетни разлозима за престанак и самог привредног друштва, као нпр., одлука чланова преддруштва о престанку или пресуда суда донесена поводом тужбе због престанка из важног разлога или због немогућности постизања сврхе друштва, такође говоре у прилог аналогне примјене правила о друштву на преддруштво.<sup>21</sup>

Досљедна примјена правила компанијског права може да произведе и ограничену одговорност оснивача за обавезе преузете у име будућег друштва. Приговор да то није прихватљиво у случају да друштво не буде основано, побија се аргументом да су трећа лица била упозната са чињеницом да се наступа у име будућег друштва капитала, па тако и на ограничену одговорност оснивача само до висине улога који су унијели или су се обавезали унијети у будуће друштво. Дакле, оснивачи за обавезе преддруштва не би требали сносити већи ризик него за обавезе самог друштва.<sup>22</sup> Сматра се да и таква ограничена одговорност треба да престане моментом уписа друштва у надлежни регистар.<sup>23</sup> Међутим, ако се оба-

21 Више: З. Слакопер, 93-94, 104.

22 Овакав став и за наше право заступа С. Шогоров, 47-48. Међутим, мора се нагласити да је у вријеме писања наведеног рада на снази у Србији био Закон о предузећима из 1996. године, који је рјешењем из чл. 6 о аутоматском прелазу права и обавеза насталих у фази оснивања на новоосновано друштво, у великој мјери потпиривао такав приступ. Штавише, ово је могло да се протумачи као много досљеднија примјена теорије јединства него она из њемачког законодавства, према коме је пренос права и обавеза уговорног карактера, с тим да уколико се оствари у року од три мјесеца од дана регистрације, не тражи се сагласност повјерилаца. Видјети Закон о акционарским друштвима Њемачке из 1965. године (*Aktiengesetz, BGBI. I S. 1089*), пар. 41 ст. 2.

23 Према тзв. теорији континуитета сва оправдана права и обавезе прелазе на друштво у моменту регистрације, без потребе за посебним преузимањем истих од стране друштва. Види: G. Hueck, C. Windbichler, 212, 470. До тога долази путем универзалне сукцесије. Видјети F.



везе не преузимају изричито у име будућег друштва, оно их и тада може преузети након што стекне правни субјективитет, али се у овом случају то одвија према правилима уговорног права, тј. примјеном одредаба о уступању уговора, преузимању дуга или приступању дугу.

Ипак, и упоредноправна рјешења која почивају на германском концепту остављају доста дилема по питању одговорности за обавезе. Тако се у Хрватској прописује неограничена и солидарна одговорност за обавезе у фази оснивања оних лица која су их преузела у име трговачког друштва.<sup>24</sup> С обзиром на то да та лица не морају бити и оснивачи друштва, јавља се дилема у погледу врсте одговорности оснивача у том случају. У правној теорији постоје становишта да би требало прихватити концепт супсидијарне одговорности у односу на лица која су преузела обавезу, с обзиром да солидарна одговорност, као тежа од супсидијарне, није прописана законом.<sup>25</sup>

На основу свега изложеног, могли бисмо закључити да иако присталице компанијскоправне природе преддруштва то изричито не истичу, оно према њиховом схватању практично има ограничен субјективитет. Преддруштво, у ствари, антиципативно позајмљује субјективитет од будућег друштва и може да наступа у правном промету у његово име иако то друштво још не постоји. На преддруштво се примјењују идентични прописи као и на привредно друштво, при чему се чак јављају ставови о потреби примјене и оних извора који се искључиво односе на правне субјекте, као што је нпр., могућност вођења стечајног поступка.

Насупрот теорији идентитета стоји концепт одвојености фазе оснивања у односу на привредно друштво и његову правну природу, који нарочито заступа француска правна теорија.<sup>26</sup> Ова струја се позива искључиво на облигационоправну природу оснивачке фазе, која траје од доношења оснивачког акта све до регистрације привредног друштва, те

---

Kübler, 437. Иначе, овај аутор заступа становиште да до момента регистрације постоји неограничена одговорност чланова за обавезе преддруштва. *Ibid*, 441-442. Теорију универзалне сукцесије прихвата и хрватско законодавство. Види: Закон о трговачким друштвима Хрватске, чл. 6 ст. 3 и 6.

24 Закон о трговачким друштвима Хрватске, чл. 6 ст. 2.

25 З. Слакопер, 99.

26 Наведено становиште заступају Ripert, Hamel и други аутори. Више о томе: Ивица Јанковец, *Привредно право*, 4. издање, Београд, 1999, 44-45.

која је најприближнија установи грађанског ортаклука. Таквом становишту се приклања и већина наших аутора.<sup>27</sup>

Закон о привредним друштвима Србије више не садржи одредбе о питању одговорности за обавезе настале у фази оснивања, нити начину њеног преноса са оснивача на новоосновано друштво, али регулише да друштво може члановима извршити повраћај трошкова у вези са оснивањем искључиво ако је то предвиђено оснивачким актом.<sup>28</sup> За разлику од овог, раније важећи Закон, који је у готово идентичном тексту и данас на снази у Републици Српској, предвиђа режим уговорне цесије за питање преноса обавеза са оснивача на новоосновано друштво.<sup>29</sup> Овим је јасно наглашена одвојеност идентитета преддруштва и привредног друштва. Интересантно је да је то најбоље могао потврдити Закон о предузећима из 1996. године,<sup>30</sup> да је усвојена одредба из његовог Приједлога, да се односи између оснивача регулишу грађанскоправним уговором.<sup>31</sup> Ово је посебно битно нагласити, с обзиром да је поменути Закон прихватио концепт законске цесије обавеза из фазе оснивања, што је приближније супротстављеној теорији идентитета. С друге стране, постоје још драстичнија рјешења у правцу побијања било каквог идентитета, која у потпуности забрањују могућност наступања у име будућег друштва, а у слу-

27 Видјети Мирко Васиљевић, *Компанијско право*, 9. издање, Београд, 2015, 62; И. Јанковец, 44-46; Марко Рајчевић, „Правни статус оснивача привредног друштва“, *Правна ријеч*, бр. 36/13, 401-402; Д. Дивљак, 32-33. Присутне су и дефиниције фактичког ортаклука, који између осталог, може настати кад се друштво формира с намјером уписа у привредни регистар, али до тог уписа из неког разлога не долази. Видјети Ранко Вулић, Душка Богојевић, „Неке форме сличне ортаклуку“, *Правна ријеч*, бр. 20/09, 560.

28 ЗПД Србије (*Сл. гласник Р. Србије*, бр. 36/11, 99/11, 83/14 и 5/15), чл. 16 ст. 1.

29 Видјети ЗПД Р. Српске, чл. 12 ст. 2. Спорна је, међутим, терминологија која се у Закону користи, с обзиром да се предвиђа солидарна одговорност са оснивачима или другим лицима која су преузела обавезе у оснивачкој фази, ако се након регистрације те обавезе преузму. Дејство преузимања дуга се, међутим, састоји у ослобађању од одговорности претходног дужника уз изричит или прећутан пристанак повјериоца. Овако је регулисано и у нашем Закону о облигационим односима (*Сл. лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89 и *Сл. гласник Р. Српске*, бр. 17/93 и 3/96; у даљем тексту: ЗОО), чл. 446-448. Само изузетно, ако је у вријеме повјериоачевог пристанка на уговор о преузимању дуга преузимаца био презадужен, а повјерилац то није знао нити је морао знати, пређашњи дужник се не ослобађа обавезе (ЗОО, чл. 448 ст. 2). Стога би било исправније тумачење да се, у ствари, ради о приступању дугу, за које се не тражи сагласност повјериоца, с обзиром да треће лице ступа у обавезу поред дужника (видјети чл. ЗОО, чл. 451-452). Рјешење да друштво може преузети обавезе од оснивача након уписа у регистар постоји и у француском праву (Закон о трговачким друштвима Француске из 1966. год., чл. 5 ст. 2).

30 Односно, Р. Српске из 1998. године. Видјети *Сл. гласник Р. Српске*, бр. 24/98.

31 Ради се о несубјектној чл. 7 ст. 2 овог Закона. Више о томе Д. Дивљак, 33.

чају кршења забране одговорно лице/а санкционишу одговорношћу за створене обавезе цјелокупном сопственом имовином, односно неограниченом солидарном одговорношћу.<sup>32</sup>

Неспорно је, према томе, да у нашој правној теорији преовлађује став на оснивачки акт све до регистрације привредног друштва има искључиво облигационоправну природу, те да тек моментом стицања правног субјективитета привредног друштва задобија и статусноправне карактеристике.<sup>33</sup> Јасно је и да овај акт, иако је дозвољено, не може предвидјети све могуће ситуације и односе који се могу појавити у фази оснивања, па може доћи и до потребе примјене супсидијарних извора права, а то би била правила уговора о ортаклуку. Ту се проблем компликује, с обзиром да је у питању неименовани уговор.<sup>34</sup> Некада је био регулисан прописима који су, на основу Закона о неважности прописа донијетих прије 6. априла 1941. године и за вријеме непријатељске окупације, изгубили правну снагу.<sup>35</sup> Међутим, ови прописи се и данас, у недостатку позитивноправних извора, могу примјењивати у форми обичаја. На простору Србије и Републике Српске су важила два таква извора: Српски грађански законик (у даљем тексту: СГЗ) од 11.03.1844. године и Аустријски грађански законик (у даљем тексту: АГЗ) од 01.06.1811. године.<sup>36</sup> Први законик је у ствари скраћени превод другог,<sup>37</sup> који се код нас примјењивао на

---

32 Видјети Закон о привредним друштвима Федерације БиХ (*Службене новине ФБиХ*, бр. 81/15), чл. 4 ст. 3-4.

33 Због овакве природе уговора о оснивању привредног друштва у XIX вијеку је била веома раширена тзв. уговорна теорија о трговачким друштвима, према којој је трговачко друштво, као и ортаклук, уговорни однос у који су ступили његови оснивачи. Ова теорија је касније напуштена и замијењена институционалном теоријом која више одговара потребама савремене тржишне привреде. Више: И. Јанковец, 46-46.

34 Био је предвиђен у Скици за законик о облигацијама и уговорима професора Константинавића, под насловом „привредно удружење грађана“, међутим ово рјешење није ушло у текст ЗОО-а. Актуелни Нацрт грађанског законика Србије обухвата и питање грађанског ортаклука. Више: Томица Делибашић, „Грађански ортаклук у светлу правне традиције и савремених законских решења“, *Право и привреда*, бр. 4-6/2015, 796.

35 Видјети *Сл. лист ФНРЈ*, бр. 86/46.

36 Проглашен је у Бечу под насловом *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für die deutschen Erbländer* (Општи грађански законик за њемачке наследне територије), *Justizgesetzsammlung*, бр. 1-6/1811. Претрпио је три новеле – 1914., 1915. и 1916. године.

37 Мада има и различитих одредаба. Тако су, нпр., према АГЗ-у сви ортаци обавезни једнако радити на заједничкој користи ортаклука, без обзира да ли посједују различите удјеле (чл. 1185), док су према СГЗ-у то дужни чинити по мјери удјела уложеног у ортаклук (пар. 730).

територији Војводине, а у Босни и Херцеговини је у вријеме аустроугарске управе имао значај помоћног правног извора.

Грађански ортаклук се мора разликовати од трговачког, прије свега, по томе што нема правни субјективитет, мада постоје мишљења да би га требало признати.<sup>38</sup> Ипак, с обзиром да формалноправно никад није признат, недостатак субјективитета производи и друге посљедице, као што је немогућност остваривања стварних права на имовини, а самим тим и преузимања обавеза у правном промету. Ово је и основни разлог зашто су присталице теорије идентитета одступиле од схватања о грађанскоправној природи преддруштва. И поред тога, имовина, односно улози, се могу уносити и у ортаклук. Она формално остаје у својини ортака, али се фактички ствара режим заједничке имовине (тзв. имовине заједничке руке), на који начин уосталом функционишу и ортачка трговачка друштва у оним правним системима који им не признају правни субјективитет (као што су енглески, амерички и њемачки), па тако отпада и наведени приговор присталица теорије идентитета. Сваки пословни подухват сноси одређене ризике, па тако и овај има ризик да ортаци препродају унесене удијеле против воље осталих чланова, али тиме и они сами ризикују властиту одговорност за причињену штету и то неограничено цјелокупном имовином.<sup>39</sup> Оваква одговорност је потврђена и ЗПД-ом Р. Српске,<sup>40</sup> који предвиђа одговорност оснивача који не изврше обавезе у вези са оснивањем привредног друштва или дају нетачне податке у вези са улогом.

За заштиту интереса повјерилаца преддруштва, веома је значајно и законско рјешење о неограниченој солидарној одговорности за радње преузете у фази оснивања, поготово у случају да друштво не прихвати обавезе проистекле из тих радњи.<sup>41</sup> Овим је преузето рјешење Прве директиве компанијског права ЕУ из 1968. године.<sup>42</sup> Наведеним законским рјешењем се одступа од мишљења да се у грађанском ортаклуку за обавезе одговара подијељено, сразмјерно удјелима ортака,<sup>43</sup> и приближава рјешењу прихваћеном за трговачки ортаклук чији ортаци за обавезе друштва одговарају неограничено солидарно цјелокупном својом имовином.

38 Тако сматра Борис Визнер, *Грађанско право у теорији и пракси, књига III*, Ријека, 1969, 1162. Нав. према Илија Бабић, „Уговор о ортаклуку“, *Правни живот*, бр. 10/04, 485.

39 Видјети АГЗ, чл. 1191 и СГЗ, пар. 738.

40 Види: ЗПД Р. Српске, чл. 13 ст. 3.

41 ЗПД Р. Српске, чл. 12. Од наведене врсте и обима одговорности се може одступити само ако је уговором са повјериоцима другачије одређено.

42 Наведена Директива (ОЈ, 68/151/ЕЕС), чл. 7. Више: М. Рајчевић, 402.

43 Види: Т. Делибашић, 790.

Примјена правила грађанскоправног ортаклука рјешава, пак, дилему о правном положају лица која преузимају обавезе за потребе будућег друштва и дефинитивно их третира као пуномоћнике, а не као органе преддруштва.<sup>44</sup> АГЗ овдје упућује на одредбе које се односе на права ортака на управљање заједничком имовином,<sup>45</sup> према којима право на управљање припада свим ортацима, а о текућим пословима се одлучује већином гласова, и то по капиталу, а не по удјелима.<sup>46</sup> На исти начин се може изабрати и пословођа, који ће се сматрати пуномоћником.<sup>47</sup> Ако их је изабрано више, тада и они одлучују већином гласова.<sup>48</sup> Тиме је ријешен и приговор који се спорадично појављује у правној теорији, а који се састоји у невјерици како се може, уколико се прихвати природа грађанског ортаклука, повјерити управљање оним лицима за која нису гласали сви чланови преддруштва.<sup>49</sup> Дакле, то је могуће и у случају грађанског ортаклука, тако да отпада и овај аргумент у прилог потребе за приклањањем корпоративној природи преддруштва. Уговор о ортаклуку је, такође, и уговор са особинама *intuitu personae*, тј. међусобног повјерења које треба да постоји међу ортацима, па они зато своја права из уговора не могу пренијети на трећа лица без сагласности осталих уговарача.<sup>50</sup>

Приказаним рјешењима показује се да разлика између компанијскоправног и облигационоправног концепта правне природе преддруштва и није толико велика, поготово с обзиром на чињеницу да значајан дио присталица теорије идентитета одступа од потпуне примјене одредаба компанијског права, попут оних које се односе на измјене оснивачког акта квалификованом већином, и сл. Пошто се ради о облигационом уговору, он се прије стицања правног субјективитета мора усвојити и мијењати искључиво сагласношћу свих оснивача. Такође, у овој фази је још

---

44 У хрватском праву је законом прописана обавеза формирања органа д.о.о.-а прије подношења пријаве за упис у судски регистар, и то једног или више чланова управе друштва, а ако друштво мора имати надзорни одбор, обавезан је избор и овог органа прије регистрације. Видјети Закон о трговачким друштвима Хрватске, чл. 394 ст. 1. Именована лица, у ствари, и подносе пријаву за упис у регистар.

45 АГЗ, чл. 1188 у вези са чл. 833-842.

46 АГЗ, чл. 833.

47 Истовјетно рјешење предвиђа и СГЗ (видјети пар. 733 и 737).

48 Додатно се истиче да, уколико се ради о трговцима, право оглашено, те дато једном или неколицини ортака да воде ортаклук, тј. да потписују у име ортаклука свеколике исправе и списе, садржава већ у себи пуномоћ од свих ортака (АГЗ, чл. 1201). Упореди са СГЗ, пар. 748.

49 На појављивање наведеног приговора упућује и З. Слакопер, 97-98.

50 Видјети АГЗ, чл. 1186 и СГЗ, пар. 731.

увијек могуће тражити поништење или раскид уговора,<sup>51</sup> док се након регистрације привредног друштва може тражити само ликвидација друштва, која би могла произвести дејство поништења или раскида уговорног односа. Коначно, уколико не дође до оснивања друштва, а претходно су уношени улози у преддруштво, могуће је да је наступањем у правном промету дошло до промјена у имовини, па у случају тешкоћа у вези диобе заједничке имовине треба примијенити принцип да се она мора извршити тако да сви чланови буду задовољни, а не већинским гласањем.<sup>52</sup>

Можда најдрастичнија разлика између два концепта се може приказати у поступку оснивања једночланог друштва, што је могуће у случају затвореног акционарског друштва и друштва са ограниченом одговорношћу. Присталице теорије идентитета и тада сматрају да постоји преддруштво, те да је потребно примијенити исти режим као и у случају вишечланих преддруштава, с обзиром да и овдје постоји потреба предузимања одређених правних радњи прије регистрације, макар оних законом прописаних, као што је обавеза уношења улога. Сматра се да моментом уношења, ти улози више не припадају оснивачу, па се не могу захватати ни извршењем ради намирења потраживања од стране његових личних повјерилаца. То може довести и до злоупотреба.<sup>53</sup> С обзиром на то да грађански ортаклук не може да се састоји од само једног ортака, овим путем није могуће одредити правну природу једночланог преддруштва. Сматрамо да у овом случају не би требало ни прихватити да се уопште ради о преддруштву, јер не постоји потреба да једини оснивач регулише своје односе према било коме, па треба и даље лично да одговара према трећим лицима за све предузете радње све док намјеравано привредно друштво не буде и основано.

Упоредноправни преглед становишта о правној природи периода прије инкорпорације бисмо могли завршити указивањем и на англосаксонско право, које се често издваја у односу на континенталноправна рјешења. Тако је и у овом случају, с тим да се посебно мора издвојити енглеско право. Наиме, у овом правном систему, ни у теорији ни у законодавству није посвећено много пажње фази преддруштва. Акцентује се позиција тзв. покретача

---

51 Поништење се, нпр., може тражити због заблуде или других мана воље, док се раскид може тражити због промијењених околности. Види: И. Јанковец, 45.

52 Види рјешење чл. 841 АГЗ-а. Такође, СГЗ, пар. 734. Уколико би ствар унијета у ортаклук у међувремену изгубила своју индивидуалност и постала нова ствар на којој су титулари сви ортаци, као заједничари или сувласници, ризик случајне пропасти или оштећења ствари сноси ортаклук. Види: И. Бабић, 487.

53 Ово признају и присталице наведеног концепта. Види: Ј. Барбић, 199-200.

(енг. *promoter*), који не морају бити будући чланови компаније,<sup>54</sup> њихова обавеза фидуцијарне дужности према компанији,<sup>55</sup> и посљедице њеног кршења, као и режима награђивања и накнаде трошкова оснивања. Интересантно је рјешење да, иако постоји обавеза фидуцијарне дужности према будућој компанији и вршењу послова оснивања, промотери немају право на било какву накнаду, па чак ни издатака за потребе регистрације, уколико им то компанија не одобри посебним уговором тек након стицања субјективитета.<sup>56</sup>

Што се тиче саме правне природе стања прије инкорпорације, ту се енглеска правна теорија углавном не изјашњава, мада постоје и одређена мишљења да се ова фаза може подвести под ортачко друштво (*partnership*).<sup>57</sup> У сваком случају, не прихвата се идентитет између преддруштва и новооснованог друштва, с обзиром да енглеско право заузима најригорознији приступ по питању могућности преузимања права и обавеза из фазе оснивања од стране привредног друштва. Наиме, то је могуће само у случају новације, која се мора доказати. Притом, да би дошло до новације, неопходан је пристанак сауговорача, јер се практично ради о закључењу новог уговора. Према томе, само поступање по уговору закљученом у преинкорпорационој фази није довољно, уколико су представници компаније у заблуди мислили да су обавезни да то чине. Такође, ни чињеница да су одредбе претходног уговора унијете у опште акте компаније, не даје њеним представницима овлашћење да могу просто да га усвоје и реализују.<sup>58</sup>

---

54 Некада су, до Првог свјетског рата, то били чак и професионални оснивачи, који су знали злоупотријебити свој положај на штету компаније и њених будућих власника, па су изгубили повјерење и временом нестали. Томе су кумовале и законске одредбе које су чиниле ригорознијим услове јавне емисије акција. Више: Paul L. Davies, *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law*, 8th ed., London, 2008, 105-106; Robert R. Pennington, *Company Law*, 7th edition, London/ Dublin/ Edinburg, 1995, 701-702.

55 При чему се не врши било какво разграничење периода унутар фазе оснивања, па чак не објашњава ни чињеница како ова обавеза, која се састоји у: а) забрани стицања тајног профита из вршења оснивачких послова без сагласности компаније и б) откривању компанији било каквог интереса који може постојати на страни промотера у трансакцијама у које улази, може постојати према компанији у периоду када она још не постоји.

56 Види: Geoffrey Morse *et al.*, *Charlesworth and Morse: Company Law*, 14th ed., London, 1991, 103.

57 У енглеском праву ортачко друштво нема субјективитет. Видјети код Д. Дивљак, 33.

58 Компанији се не дозвољава да само ратификује уговор, с образложењем да у вријеме његовог закључења она није постојала, те да нико није могао да поступа као њен претпостављени заступник. Ово правило је установљено још у XIX вијеку у случају *Kelner v Baxter* (1866) LR 2 CP 174. Више: Derek French, Stephen W. Mayson, Christopher L. Ryan, *Mayson, French & Ryan on Company Law*, 31st ed., Oxford, 2014. То, међутим, не значи да компанија не би могла, нпр., прихватити испоруку робе или понуђену исплату, а да не буде везана уговором. Види: P. Davies, 115.

Правила о могућности преузимања уговора закључених од стране промотера су се, ипак, временом ублажавала. Према *common law*-у, ваљани су били само уговори које су закључили промотери и у своје име поред имена компаније, док су они закључени само у име будуће компаније били ништави. Наравно, за обавезе из првих су одговарали сами промотери. Потом је у енглеско право, под утицајем компанијског права Европске Уније,<sup>59</sup> увршћена одредба да уговори могу остати на снази и у другом спорном случају. Наведено рјешење је имплементирано 1972. године,<sup>60</sup> а сада се налази, са мањим измјенама, у чл. 51 ст. 1 Компанијског закона из 2006. године.<sup>61</sup> Стога, у случају уговора закључених прије инкорпорације, одговарају само они који су их и закључили, уколико није шта другачије договорено са сауговарачем, док компанија може да преузме одговорност само у случају закључења новог уговора под истим условима. Чак и тада промотери и даље могу бити одговорни, уколико се у новом уговору та одговорност не искључи.

Можемо, на крају, закључити да и поред чињења у правцу ублажења проблематике преузимања уговорне одговорности,<sup>62</sup> енглеско право је и даље остало са најстрожијим захтјевима у овом погледу.<sup>63</sup> Из тог разлога, да би избјегли своју одговорност, промотери често практикују припремање нацрта уговора, умјесто њиховог закључивања са трећим лицима. У таквим уговорима се изричито наглашава да је новооснована компанија уговорна страна и предвиђа се да ће сауговарач извршити своју обавезу тек након што компанија стекне правни субјективитет.<sup>64</sup>

---

59 Првобитно чл. 7 Прве директиве компанијског права, која је усвојена прије него што је Велика Британија ушла у Европску Заједницу, а сада чл. 8 Директиве 2009/101/ ЕС.

60 European Communities Act из 1972, чл. 9 ст. 2. Видјети D. French *et al.*, 627; P. Davies, 115-116.

61 *Companies Act*. Више: John Birds *et al.*, *Boyle & Birds' Company Law*, 6th ed., Bristol, 2007, 112-113; Ben Pettet, *Pettet's Company Law (Company and Capital Markets Law)*, 3rd ed., Harlow, 2009, 52-53.

62 На чему је посебно радио Jenkins Committee који је 1962. препоручио реформу у виду допуштања могућности ратификације уговора из преинкорпорационе фазе, без потребе добијања сауговарачеве сагласности. Види: P. Davies, 118; R. Pennington, 106.

63 То није случај са осталим правним системима из групе англосаксонских. Тако је у америчком праву дозвољена ратификација уговора, с обзиром да се сам уговор након инкорпорације третира као континуирајућа понуда отворена за усвајање од стране новоосноване компаније. Више: М. Васиљевић, 62; R. Pennington, 107.

64 Види: G. Morse *et al.*, 110.



#### IV Закључак

Иако су теоријски замисливи, у пракси се готово не појављују случајеви да неко оснује привредно друштво без предузимања претходних правних радњи. Обично се и прије стицања правног субјективитета друштва јавља потреба обављања појединих послова како би се створили услови да се друштво што прије укључи у правни промет. Најчешће се ради о закључењу уговора о закупу пословног простора, набавци опреме, ангажовању радника, именовању првих чланова органа, и сл. Уосталом, одређене радње, које изискују трошкове чије рефундирање се очекује од будућег друштва, се и морају обавити. То су, нпр., отварање привременог рачуна, трошкови доношења оснивачког акта и регистрације друштва, јавне емисије у случају стварања отвореног акционарског друштва, и сл.

На све наведене односе и радње је потребно примијенити одређена правна правила. Која ће бити узета у обзир, зависиће од усвојеног концепта правне природе стања прије инкорпорације, које можемо назвати преддруштвом. Иако постоје мишљења да већ само склапање оснивачког акта даје једној оваквој заједници корпоративни карактер, не бисмо се могли сложити са тим. Наиме, оснивачки акт се доноси да би производио статусно дејство након регистрације привредног друштва. До тог момента, он се може примјењивати, али са дејством само између самих оснивача, и то уколико су регулисали међусобне односе у фази оснивања, што и није уобичајено. У сваком случају, оснивачки акт може имати само облигационоправно дејство у периоду трајања преддруштва. Његове одредбе које имају екстерно дејство неће бити релевантне за трећа лица. Стога је за одређивање правних извора који ће се примијенити на те односе од круцијалног значаја тумачење правне природе преддруштва.

Чланови преддруштва се, наиме, налазе у једном уговорном односу, у ком имају исти циљ и гдје владају односи *intuitu personae*. Они наступају у односима са трећим лицима као заступници једне заједнице која нема правни субјективитет и стога су лично одговорни за преузете обавезе. Таква ће бити одговорност чак и изабраних представника (нпр., првих органа друштва), који уопште не морају бити оснивачи. Иако они дјелују фактички на основу уговора о налогу у име будућег друштва, чињеница је да то друштво још не постоји, те су правно посматрано у том тренутку и они сауговорачи трећих лица.

Према томе, с обзиром на то да у нашем правном систему не постоје привредна друштва без правног субјективитета, те да не можемо прихватити да између преддруштва и будућег друштва постоји иденти-

тет, то је логично да оваква заједница може имати само природу једног грађанскоправног уговорног односа, а најприближнија је уговору о ортаклуку. Стога у недостатку законских одредаба које изричито регулишу односе у периоду преддруштва, потребно је примијенити изворе који се односе на грађански ортаклук, а не изворе компанијског права.

**Zoran VASILJEVIĆ, PhD**

**Assistant Professor at the Faculty of Law University of Banja Luka**

## **LEGAL NATURE OF THE COMPANY'S PREINCORPORATION PHASE**

### **Summary**

*In this paper the author attempts to determinate, temporally and legally, the period prior to the acquisition of the company's legal personality. That the word is about one of the most complex problems of company law, speaks the fact of diversity of theoretical approaches and legal regimes in comparative law. It is only for the society, which originated before the conclusion of the articles of association, to some extent agreed opinion that it has legal nature of the civil law partnership. On the contrary, it is quite difficult to determinate the legal nature and applicable rules on the internal and external relations of the members of the society that could be named as preliminary company, which lasts during the period from conclusion of articles of association until its registration in company register. The opinions range from the recognition of its corporate legal nature, and even pointing the need to recognize at least limited legal personality, to the opposite attitude which negate its identity with the future company and advocate purely civil law legal nature of the incurred society, without recognizing the possession of legal personality. The author pays tribute to the second point of view and supports the theory of the civil law partnership legal nature of preliminary company.*

**Key words:** *preliminary contract, preliminary company (preincorporation phase), civil partnership, incorporation.*