

Др Зоран ВАСИЉЕВИЋ*

ПОДЈЕЛА ОРТАКЛУКА ПРЕМА КРИТЕРИЈУМУ ОДГОВОРНОСТИ ОРТАКА

Резиме

Аутор у раду анализира домаћу и упоредну регулативу ортаклука као облика удруживања у циљу обављања одређене привредне дјелатности. Притом се указује на нове концепте који добијају све већу подршку у упоредном праву, а који су производ жеља самих ортаклука, посебно из домена слободних професија. Најзначајније промјене се односе на прихватање ортаклука као самосталних ентитета у оним правним системима који им до тада нису признавали правни субјективитет и ограничавање одговорности за обавезе ортаклука до висине удјела у друштву, аналогно режиму друштава капитала, али уз задржавање неких битних привилегија које су имала класична ортачка друштва, као нпр., у сегменту организовања, вођења послова и, посебно, опорезивања. Закључује се да се увођењем нових форми ортаклука практично стварају „правни мутанти“ чију је правну природу тешко одредити.

Кључне ријечи: ортаклук, ортак, подијељена одговорност, неограничена солидарна одговорност, ограничена одговорност.

І Увод

Прошло је тачно пола вијека од објављивања познате књиге проф. Константиновића под насловом „Облигације и уговори, скица за законик о облигацијама и уговорима“, у којој је истакнута идеја за регулисањем „привредног удружења грађана“ у општем законнику о облигацијама, али је и поред тога у нашем праву једини акт легислативе који се односи на ортаклуке општи компанијски закон, који регулише само једну његову врсту, под називом ортачко друштво. Тако у нашем праву и даље постоји двојност између једног неименованог уговорног односа и једног органи-

* Ванредни професор на Правном факултету Универзитета у Бањој Луци

зационог облика привредног друштва који почива на уговорној основи, који дијеле истовјетно термиолошко одређење „ортаклук“. Међутим, у првом случају се ради о грађанскоправном, а у другом случају о трговинскоправном облику.

У упоредном праву је, с друге стране, у неколико посљедњих деценија дошло до веома крупних промјена у материји ортачких друштава. У томе предњаче земље англосаксонског правног система, предвођене Сједињеним Америчким Државама, као покретачем промјена, али тај тренд прате и одређене државе које припадају европском континенталноправном миљеу, изазване системом повезаних посуда и потребом спречавања одлива привредних субјеката у форми ортаклука у државе Европске уније у којима је дошло до промјена, каква је још увијек Велика Британија.

Наиме, у системима америчког, енглеског или њемачког права се и не прави разлика између грађанскоправних и трговинскоправних ортаклука, за разлику од нашег права које слиједи романски правни систем, али је зато дошло до диференцирања унутар самог трговинскоправног ортаклука које је изазвало и питање да ли посљедње креиране форме које носе назив „ортаклук“ заиста припадају овом организационом облику, или се ради о новим врстама друштава капитала, односно, у крајњем случају, правним „мутантима“ у којима су помијешане карактеристике и друштава лица и друштава капитала и у погледу којих се тешко одредити каква је њихова истинска правна природа. Управо ће на одређењу нових својстава бити стављен нагласак у овом раду, са акцентом на питање одговорности ортака (чланова) за обавезе друштва, с обзиром да се у овој карактеристици јавља кључ подјеле.

II Разграничење између грађанског и трговинског ортаклука

Иако се и у нашем праву користи исто термиолошко одређење, мора се правити разлика између грађанског и трговинског ортаклука. Први представља неименовани уговор облигационог права и има своје коријене у установи *societas* из римског права.¹ Наиме, у другој половини републике развила се појава удруживања великих финансијера и предузетника, која је резултирала стварањем удружења финансијера- *societates publicanorum*, затим су се удруживали и трговци у *societates venaliciario-*

1 Видјети Мирко Васиљевић, *Компанијско право*, Београд, 2015., 149-150.

rum, па банкари са својим ортацима у *societates argentariorum*.² Трговински ортаклук се, с друге стране, развио у XIII вијеку у трговачким градовима сјеверне Италије, а први пут је законски регулисан у Француској у *Ordonnance sur le commerce* из 1673. године.³ Ради се о првом облику концентрације капитала за обављање пословних подухвата, из којег су се развила друштва лица, а затим и остали организациони облици привредног удруживања.

Грађански ортаклук и његова својства нису, међутим, без значаја и за материју компанијског права, с обзиром на то да се у овој установи управо проналази правна природа фазе оснивања привредног друштва која траје од момента закључивања уговора о оснивању, па све до регистрације привредног друштва и стицања правног субјективитета. Ово се односи на сва привредна друштва независно од тога да ли се ради о ортачким друштвима или се, пак, оснивају неки други организациони облици, попут акционарских друштава. Према томе, у фази тзв. преддруштва, оснивачки акт може имати само облигационоправно дејство, а његове одредбе које имају екстерно дејство неће бити релевантне за трећа лица све до момента регистрације. Чињеница је да се у овој фази морају обавити бројне правне радње неопходне за оснивање и почетак рада привредног друштва, а с обзиром на то да у нашем правном систему не постоје привредна друштва без правног субјективитета, те да се не може прихватити постојање идентитета између стања прије и после регистрације, логично је да оваква заједница може имати природу само једног грађанскоправног уговорног односа, и то уговора о ортаклуку.⁴

Енглеска правна теорија се углавном не изјашњава о правној природи стања прије инкорпорације привредног друштва, мада постоје мишљења да се ова фаза може подвести под ортаклук (*partnership*). Међутим, и поред коришћења истовјетног термина не прихвата се идентитет између тзв. преддруштва и привредног друштва јер енглеско право заузима најригорознији приступ у погледу питања преузимања права и обавеза насталих у фази преддруштва. То је могуће само у случају новације која се мора доказивати, а за коју је неопходан и пристанак друге

2 Драгомир Стојчевић, *Римско приватно право*, Београд, 1985., 272. Наведено према Томица Делибашић, „Грађански ортаклук у светлу правне традиције и савремених законских решења“, *Право и привреда*, бр. 4-6/2015, 785-786.

3 Славко Царић, *Правни положај привредних организација*, Нови Сад, 2000., 112-113.

4 Више: Зоран Васиљевић, „Правна природа стања преддруштва“, *Право и привреда*, бр. 4-6/2016, 163-180.

стране, јер се *de facto* ради о закључењу новог уговора.⁵ С друге стране, на принципима теорије идентита, према којој фаза тзв. преддруштва има компанијскоправну природу, стоје њемачка правна теорија и правни системи који почивају на германском концепту.⁶ Независно од усвојеног концепта, правила грађанског ортаклука се супсидијарно примјењују и на саме трговачке ортаклуке за сва питања која нису ријешена посебним одредбама, поготово у оним правним системима који не признају правни субјективитет овог организационог облика привредних друштава.

Грађански ортаклук, у сваком случају, данас представља неименовани уговор, који је на нашим просторима био регулисан прописима који су, на основу Закона о неважности прописа донијетих прије 6. априла 1941. године и за вријеме непријатељске окупације,⁷ изгубили правну снагу. У питању су Аустријски грађански законик из 1811. године, који је важио на простору данашње Републике Српске, и Српски грађански законик из 1844. године, који је важио на подручју Србије. Ови извори се данас могу примјењивати само као обичајна правила. С друге стране, државе окружења (Словенија, Хрватска, Македонија и Црна Гора) су својим облигационим законима регулисале ову материју, те је уговор о ортаклуку постао именован уговор.⁸

Овај облик ортаклука се, свакако, мора разграничити од трговинског ортаклука у нашем правном систему, прије свега, по томе што не посједује правни субјективитет. То производи и остале посљедице, попут непосједовања сопствене имовине и немогућности предузимања права и обавеза у правном промету у име и за рачун ортаклука. Наведени недостатак се превазилази стварањем режима заједничке имовине која се улаже у ортаклук, на ком принципу уосталом функционишу и трговински ортаклуци у оним правним системима који им не признају правни субјективитет (тзв. имовина заједничке руке). Ипак, посједовање или непосједовање правног субјективитета производи још једну крупну разлику у погледу начина престанка ортаклука. Трговински ортаклук, када је једном настао, не може више престати примјеном правила облигационог права, већ путем стечаја или ликвидације као института компанијског права, који имају дејство раскида уговорног односа. Грађански орта-

5 Више: Derek French, Stephen W. Mayson, Christopher L. Ryan, *Mayson, French & Ryan on Company Law*, Oxford, 2014., 627.

6 Видјети З. Васиљевић, 166-171.

7 *Сл. лист ФНРЈ*, бр. 86/46.

8 Види: Љубиша Дабић, „Пословођење ортаклуком и његово заступање (управљање ортаклуком)“, *Право и привреда*, бр. 4-6/2015, 764.

клуци, осим тога, потпадају под стварну надлежност редовних судова, за разлику од трговинских који су у надлежности привредних судова.

Коначно, код грађанских ортаклука не постоји могућност стварања органа ни на аутономној основи, за разлику од трговинских ортаклука код којих по законској претпоставци право на пословођење и заступање друштва имају сви ортаци, али се то може и другачије уредити, између осталог и предвиђањем постојања органа друштва којима ће бити повјерени ти послови. Ови односи се најприближније могу представити као односи заступништва гдје се сви ортаци појављују и у улози налогодавца и у улози заступника (агента). Међутим, разликују се и од овог односа према томе што код заступништва, у правилу, не постоји власнички удио у пословању, као ни обавеза сношења губитака.⁹

Када је у питању одговорност ортака за обавезе, с обзиром на природу заједничара у договореном послу, у грађанском ортаклуку постоји подијељена одговорност ортака за обавезе, сразмјерно унесеним удјелима.¹⁰ У ортакчком друштву, пак, постоје различите варијације, у правилу, неограничене одговорности за обавезе ортаклука. Овакав концепт се прихвата и у погледу тзв. преддруштва, и поред, начелно прихваћене грађанскоправне природе. Ипак, у новије вријеме у упоредном праву управо на плану одговорности за обавезе трговинског ортаклука се јављају другачије идеје које доводе до стварања нових форми ортакчких друштава.

Наше право, међутим, и даље неприкосновено стоји на позицијама неограничене солидарне одговорности ортака цјелокупном својом имовином за обавезе ортакчког друштва,¹¹ иако му признаје правни субјективитет, на основу чега би логички требало да буде ближе романском концепту које усваја режим супсидијарне одговорности. Овај облик одговорности се, заправо, налази у самим дефиницијама ортакчког друштва у законским текстовима Србије и Републике Српске, што упућује на констатацију да се практично ради о једном од кључних својстава самог ортакчког друштва. Штавише, оба ЗПД-а нулирају правно дејство супротних одредаба у оснивачком акту, односно уговору ортака, у односу на трећа лица.¹² Таквом одредбом се још више утврђује чврстина заузетог

9 Видјети Roger LeRoy Miller, Gaylord A. Jentz, *Business Law Today*, Mason-Ohio, 2003., 679.

10 Т. Делибашић, 790.

11 Закон о привредним друштвима Србије –ЗПД, *Службени гласник Р. Србије*, бр. 36/11, 83/14, 5/15, 44/18 и 95/18, чл. 93. и Закон о привредним друштвима Републике Српске, *Службени гласник Р. Српске*, бр. 127/08, 100/11, 67/13 и 100/17, чл. 48.

12 ЗПД Србије, чл. 93. ст. 2., ЗПД Р. Српске, чл. 48. ст. 4.

става, поготово с обзиром на чињеницу да су одредбе које се односе на ортачка друштва у већем обиму диспозитивне природе, поготово у поређењу са одредбама које се односе на друге облике организовања, прије свега акционарска друштва.

ЗПД Републике Српске, ипак, садржи једно одступање и то у случају уколико се другачије уговори са самим повјериоцем према коме постоји дуг ортачког друштва.¹³ То одступање од законске претпоставке претпоставља, дакле, пристанак повјериоца, што је и логично рјешење у складу са принципима облигационог права, јер се овим путем производи смањење броја солидарних дужника, а самим тим и смањење сигурности намирења потраживања. Према томе, повјерилац у пракси може пристаћи на овакво одступање само кад је довољно обезбјеђен, односно кад наспрам себе има довољан број солвентних дужника или када вјерује да до доцње са намирењем потраживања неће уопште ни доћи.

Усвојени систем одговорности је општи, што подразумијева да се односи на све обавезе, како уговорне, тако и вануговорне. Одговорност, такође, зависи од одговорности ортачког друштва, што значи да је акцесорног карактера, осим изузетно у случају покретања стечајног поступка. Акцесорност подразумијева да ортак може истицати приговоре које може изјавити и само друштво, али и личне приговоре који проистичу из његових правних односа са повјериоцем.¹⁴ Повјерилац, с друге стране, не мора изводити захтјев према члану друштва из нечијег туђег права, с обзиром на то да је одговорност непосредна. За постојање саме одговорности је мјеродавно стање чланства у ортачком друштву у вријеме настанка, а не у вријеме доспјелости обавезе, тако да и ортак који у међувремену изађе из друштва и даље одговара, уколико не договори другачије са повјериоцем. За разлику од ЗПД-а Републике Српске који не ограничава рок трајања ове одговорности, у ЗПД-у Србије је предвиђено да солидарна одговорност ортака који је иступио из друштва престаје по истеку периода од пет година од дана иступања, ако оснивачким актом није предвиђен и дужи период.¹⁵ С друге стране, уколико у друштво уђе нови ортак и он ће одговарати неограничено солидарно за обавезе које су настале прије његовог уласка у друштво, што има правну природу уговора о приступању дугу.

13 ЗПД Р. Српске, чл. 48. ст. 3.

14 Више о приговорима које ортак може истицати према повјериоцу: Јакша Барбић, *Право друштва (књига трећа- друштва особа)*, Загреб, 2002., 318-319.

15 ЗПД Србије, чл. 122. ст. 4.

Уколико ортак из своје имовине измири обавезу према повјериоцу друштва, тада долази до суброгације, односно стицања права повјериоца према друштву и ортацима, који му могу истицати све приговоре које је и он могао истицати према повјериоцу, под условом да је плаћање извршено без знања друштва.¹⁶ Ортак се намирује из имовине осталих ортака тек уколико није успио са намирењем из имовине друштва и то према критеријуму одређеном уговором о оснивању или, према законској претпоставци, на једнаке дијелове. Најчешће се, ипак, предвиђа критеријум величине удјела у друштву, према коме ортаци учествују у добити, али и сnose губитке друштва. Стога, и ортак који је испунио обавезу нема право регреса у цјелости, већ уз изузимање дијела који отпада на њега према утврђеном критеријуму.

У случају да се један од ортака налазио и у улози самог повјериоца, па није успио да се намири из имовине друштва, он ће висину свог потраживања према осталим ортацима морати да умањи за износ којим мора да учествује у сношењу губитака друштва, заједно са осталим ортацима. Ово, уствари, значи да је у наведеном случају одговорност ортака према таквом повјериоцу супсидијарна.¹⁷ Међутим, није неопходно претходно обраћање повјериоца друштву, већ је довољно да се на основу околности основано може претпоставити да се не би могао намирити из имовине друштва. Ако такво потраживање, пак, буде пренесено на неко друго лице које није у статусу ортака, одговорност поново постаје солидарна.

III Развој нових форми ортаклука

У правној теорији се праве различите подјеле трговинских ортаклука зависно од одређених специфичности, па се тако зависно од тога да ли су прописно регистровани дијеле на фактичке и *de facto* ортаклуке, гдје за прве важи да су уписани у регистар привредних друштава, али да се касније открио одређени недостатак због којег се мора извршити њихово брисање из регистра, док други функционишу као заједница, али никад нису регистровани и у суштини имају природу грађанског ортаклука. У појединим законодавствима овакав ортаклук се номинује као тајни.¹⁸ С обзиром на врсте дјелатности ортака, могућа је подјела и на ортаклуке слободних професија и ортаклуке пољопривредника. У поје-

16 М. Васиљевић, 160-161.

17 Види: Ј. Барбић, 320.

18 Нпр., у пар. 1871/1 француског Грађанског законика. Видјети Ранко Вулић, Душка Богојевић, „Неке форме сличне ортаклуку“, *Правна ријеч*, бр. 20/2009, 561.

диним правним системима као посебне врсте ортаклука наводе се и joint venture (у праву САД-а), конзорцијум (као посебан облик joint venture-а, регулисан у Италији), групација економског интереса (у француском праву, представља симбиозу грађанског и трговинског ортаклука и удружења), а неке својим називом асоцирају на форму ортаклука, попут јавно-приватног партнерства.¹⁹

Најзначајнија подјела, пак, за потребе овог рада тиче се разграничења ортаклука према врсти одговорности ортака за обавезе ортаклука. Наиме, од почетка 90-их година прошлог вијека је дошло до значајних промјена у погледу регулисања одговорности ортака и креирано је неколико врста ортачких друштава полазећи од овог критеријума подјеле, и то општи ортаклук (класично ортачко друштво), ортаклук са ограниченом одговорношћу (limited liability partnership) и компанија са ограниченом одговорношћу (limited liability company).²⁰ Овоме се у англосаксонској правној теорији додају и форме командитног друштва (limited partnership) и командитног друштва са ограниченом одговорношћу (limited liability limited partnership), с обзиром на истовјетно терминолошко одређење.

Увођењем нових облика ортаклука постојећим системима одговорности за обавезе ортачког друштва додаје се још један, тако да бисмо могли начинити подјелу на четири основна система одговорности, и то: 1) систем неограничене солидарне одговорности ортака, која је установљена у њемачком правном систему у којем ортачко друштво нема правни субјективитет, али се прихвата и у правима Србије и Републике Српске, 2) систем супсидијарне одговорности, који усваја француско право у којем ортачко друштво има својство правног лица па се захтијева претходни покушај намирења из имовине друштва, па тек онда од ортака, који у том случају постају одговорни цјелоком својом имовином, 3) систем двојне солидарне неограничене одговорности (прихваћен у англосаксонском праву за општи ортаклук), према коме се прави разлика зависно од тога да ли се ради о уговорној или деликтној одговорности (у првом случају одговорност је заједничка, али не и солидарна, па уколико повјерилац одабере једног ортака, губи право према осталима; у другом случају се, пак, ради о неограниченој солидарној одговорности идентичној као у првом систему, с обзиром да ни у англосаксонском праву ортач-

19 Наиме, енглески превод гласи „public-private partnership“, што упућује на истовјетно терминолошко одређење. Више: Р. Вулић, Д. Богојевић, 573.

20 Као нови организациони облик близак форми ортаклука. Види: Allan Walker Vestal, „...Drawing Near the Fastness? -The Failed United States Experiment in Unincorporated Business Entity Reform“, *The Journal of Corporation Law*, Vol. 26, 2001, 1019.

ка друштва немају правни субјективитет),²¹ и 4) систем ограничене одговорности-сношења ризика до висине унесеног улога (прије свега за штетне радње учињене од стране других ортака, а зависно од прихваћеног законског рјешења у упоредном праву, могуће и за све уговорне обавезе ортачког друштва, које у овој варијанти стиче и правни субјективитет у појединим правним системима попут енглеског).

Различити облици ортачких друштава посљедње наведеног система одговорности за његове обавезе се у задњих неколико деценија појављују како у државама англосаксонског права, тако и оних које припадају континенталној правној школи, попут њеног репрезентативног представника Њемачке. Оваква појава је допринијела и озбиљној дилеми, да ли је на овај начин, промјеном једног од неприкосновених својстава ортачких друштава као друштава лица, дошло до њиховог приближавања друштвима капитала, па тиме и промјени њихове правне природе.

Носилац промјена је америчко право у коме је дуго на снази био Једнообразни закон о ортаклуцима из 1914. године, да би 1987. године био покренут процес његове ревизије, који је резултирао доношењем Ревидираног једнообразног закона о ортаклуцима 1997. године. Одредбом из пар. 201. наведеног Закона ортаклук је дефинисан као цјелина одвојена од ортака, што је довело до коријените промјене приступа ортаклуку, превазилажењем теорије скупа ортака и преласком на теорију ентитета.²² Усљед промијењеног становишта, већина америчких држава омогућава ортаклуцима да манифестују одређена својства правног субјекта, иако немају такав статус. Тако им се признаје својство носиоца имовине, могу да туже и буду тужени, имају самосталност у стечајном поступку, те рачуноводственим и пореским питањима.

Ревизијом Закона је промијењен и режим одговорности за обавезе ортаклука у неограничену солидарну одговорност за све обавезе,²³ што представља новину у односу на класични систем англосаксонског права који разликује тзв. заједничку (joint) одговорност ортака за уговорне обавезе и заједничку и вишеструку (joint and several) одговорност за штете и

21 Упореди: М. Васиљевић, 159.

22 Види: А. Walker Vestal, 1021. Такође, Ј. Барбић, 4.

23 Пар. 306(а) Ревидираног Једнообразног закона о ортаклуцима (*Revised Uniform Partnership Act*) из 1997.. Ипак, у америчкој правној теорији постоје критике да је ова одредба неконзистентна са осталим одредбама ревидираног Закона којима се имплементира прелазак на теорију ентитета. Видјети: Donald J. Weidner, „Pitfalls in Partnership Law Reform: Some United States Experience“, *The Journal of Corporation Law*, Vol. 26, 2001, 1039/1040.

кршење фудуцијарне дужности. У првој варијанти, ортак има право да инсистира да и остали ортаци буду обухваћени тужбом, што је кључно за позитиван исход тужбе, јер у супротном тужилац губи права и према туженом ортаку и имовини ортаклука.²⁴ Уколико, пак, тужени ортак не упути овакав захтјев, тужилац стиче право намирења из његове имовине, али губи према осталим ортацима. У другој варијанти, тужилац може да тужи једног или више ортака одвојено или све заједно, по свом избору, а у сваком случају не губи у случају ненамирења право према онима који нису били обухваћени тужбом. Ипак, наведеној промјени се може приговорити да није у складу са преласком на теорију ентитета у схватању ортакчког друштва, према којој би се са намирењем требало покушати примарно на имовини самог ортаклука. Стога је неколико америчких држава прешло на тзв. правило исцрпљења, на основу којег се тражи да се претходно покуша са намирењем на имовини ортаклука, па тек потом на имовини ортака, чиме се фактички уводи систем супсидијарне одговорности ортака. Ово се односи како на повјериоце из уговорних односа, тако и на лица која имају потраживања по основу деликтне одговорности ортаклука.²⁵

Други правац промјена је текао кроз борбу за елиминисање могућности за успостављање велике личне одговорности за тужбе по основу професионалних малверзација упућене против великих адвокатских и рачуноводствених ортаклука, што је било повезано са колапсом кредитног система. Многе адвокатске и рачуноводствене фирме су биле тужене због непажње у вршењу консултантских услуга и њихови ортаци позивани на личну одговорност за исплату великих износа, иако нису узимали учешћа у спорним трансакцијама.

Борба за ограничење одговорности је први велики успјех доживјела у држави Тексас 1991. године, гдје је усвојен први Закон о ортаклуцима са ограниченом одговорношћу, и то на основу иницијативе малог адвокатског ортаклука из мјеста Абилен.²⁶ Након тога су у државама широм САД доношени акти којима је установљена могућност трансформације у ортаклуке са ограниченом одговорношћу или оснивања истих, али и компанија са ограниченом одговорношћу, које су по својим карактеристикама најприближније командитним друштвима без комплемен-

24 R. L. Miller, G. A. Jentz, 691.

25 Видјети: Larry E. Ribstein, „The Evolving Partnership“, *The Journal of Corporation Law*, Vol. 26, 2001, 837.

26 У року од годину дана од усвајања акта око 1200 ортаклука је прешло на режим ограничене одговорности. Видјети Robert W. Hamilton, „Professional Partnerships in the United States“, *The Journal of Corporation Law*, Vol. 26., 2001, 1057.

тара.²⁷ Прва оваква компанија је створена у малој америчкој држави Вајоминг 1977. године од стране Hamilton Brothers Oil Company, након дугогодишње борбе и више неуспјешних покушаја, прво на Аљасци, а тек потом у наведеној држави.²⁸ У ствари, ради се о својеврсном хибриду који излази у сусрет захтјевима за ограничењем одговорности као у режиму компанија- друштва капитала, с једне стране, односно задржавању пореских предности које имају ортаклуци, с друге стране.²⁹ Наиме, чланови овакве компаније имају могућност избора и по законској претпоставци се опорезују као ортаклуци чиме избјегавају двоструко опорезивање, што им иде у прилог уколико преферирају директну дистрибуцију профита члановима. Међутим, уколико су више определијени за улагање у развој пословања, могу изабрати да се опорезују као компанија. Такође, чланови могу сами да управљају компанијом или да повјере контролу менаџерима.³⁰ Борба за овај облик организовања је, у сваком случају, била тежа и трајала доста дуже него за ортаклук са ограниченом одговорношћу, на што указује и чињеница да је Служба интерних прихода САД тек 1996. године усвојила регулативу којом овај облик организовања чини истински видљивим и популарним међу лицима заинтересованим за обављање неке привредне дјелатности.³¹

Ортаклук са ограниченом одговорношћу је сличан компанији са ограниченом одговорношћу, али је више дизајниран за субјекте из домена слободних професија, који могу прилично једноставно да се трансформишу у овај облик организовања, јер основна организациона структура остаје иста. Додатна погодност је и у томе да се и на овај облик организовања примјењују и даље законска и common law правила која се односе на ортаклуке.³² Основна предност у односу на општи ортаклук је ограничење одговорности за штету коју причине други ортаци. Иако се разликују прописи у појединим државама, готово сви ограничавају одго-

27 Види: D. J. Weidner, 1034.

28 Више о развојном путу наведене компаније: R. W. Hamilton, 1058-1059.

29 R. L. Miller, G. A. Jentz, 799. Тако је 1988. године прво допуштено компанијама са ограниченом одговорношћу у Вајомингу да се третирају као ортаклуци у пореском смислу, што је довело до наглог ширења овог облика организовања у легислативи америчких држава. Види: Joseph A. McCahery, „Comparative perspectives on the evolution of the unincorporated firm: an introduction“, *Journal of Corporation Law*, Vol. 26, 2001, 803.

30 Више о овој врсти ортаклука, са упоредним прегледом стања у појединим америчким јурисдикцијама: Eric H. Franklin, „A Rational Approach to Business Entity Choice“, *Kansas Law Review*, Vol. 64, 2016., 573-662.

31 Види: R. W. Hamilton, 1060.

32 R. L. Miller, G. A. Jentz, 805.

ворност ортака у оваквим случајевима. Тако, нпр., право Делавера штити сваког савјесног ортака од одговорности за дугове и обавезе које настану услед непажње, погрешних поступака или лошег управљања.³³ Уколико, пак, има више одговорних ортака, и тад се одступа од општег правила о неограниченој солидарној одговорности, с обзиром да одређене државе попут Јуте или Колорада предвиђају пропорционалну одговорност, сразмјерно учешћу у губицима.³⁴ Данас се, стога, у америчкој правној теорији одговорност за другог све више схвата као анахронизам.³⁵

Под утицајем САД, тренд промјена је захватио и Велику Британију. Под притиском одређених ревизорских кућа, прије свега Ernst & Young и Price Waterhouse, и у тамошњем праву је дошло до реформе права ортаклука. Наиме, иако је већ тада овој врсти слободних професија било омогућено инкорпорисање у облику компаније, њихови представници су жељели да, уз увођење ограничене одговорности, остваре и пореске предности ортаклука, па су пријетили преласком у САД, односно примјеном права Џерсија. Иако је захтјев за измјенама у погледу одговорности за обавезе ортаклука 1996. године био одбијен, улазак у опште изборе наредне године и жеља обје најзначајније политичке партије да се додворе пословном окружењу су резултирали прихватањем измјена и коначним усвајањем Закона о ортаклуцима са ограниченом одговорношћу у јулу 2000. године и његовом ступању на снагу у априлу 2001. године.³⁶

Ортаклуци су у Великој Британији, по својој правној природи, уговорни односи³⁷ и били су у току XIX вијека веома популарна форма организовања привредног пословања, поготово у сектору занатске дјелатности, с обзиром да су у то вријеме били прилично ригорозни услови за оснивање акционарских друштава.³⁸ Разлог таквог стања се налазио, прије свега, у потреби придавања већег значаја контроли над пословањем компанија и спречавању злоупотреба статуса какве су се јављале у пређашњем

33 Ibid, 806-807.

34 Colorado Revised Statutes Annotated Section 13-21-111.5(1), Utah Code Annotated Section 78-27-39. Видјети R. L. Miller, G. A. Jentz, 807.

35 Тзв. „vicarious liability“ (у преводу: „одговорност за другог“ или „неограничена одговорност“). Види: Shawn Bayern, „Three problems (and two solutions) in the law of partnership formation“, *University of Michigan Journal of Law Reform*, Vol. 49:3, 2016., 621.

36 Види: Judith Freedman, „Limited Liability Partnerships In The United Kingdom – Do They Have a Role For Small Firms?“, *The Journal of Corporation Law*, Vol. 26, 2001., 905.

37 Ewan Macintyre, *Business Law*, Pearson Education Ltd, Harlow, 2001., 425.

38 Видјети Ryan Bubb, „Choosing the Partnership: English Business Organization Law During the Industrial Revolution“, *Seattle University Law Review*, Vol. 38, 2015., 338.

периоду, као нпр. у познатом случају Јужноиндијске компаније. Крајем вијека је усвојен и Закон о ортаклуцима (1890. године), којим је кодификовано „common law“ које се односи на ортаклуке. Као и у САД ортаклуци у Великој Британији немају субјективитет, мада га у шкотском праву могу стећи.³⁹ Ипак, допушта се вођење послова у име „фирме“, што ни у ком случају не значи признање правног субјективитета.⁴⁰

Временом је дошло до значајног попуштања у погледу регулаторних захтјева у односу на пословање компанија, али су ортаклуци, поготово у сфери занатства, задржали атрактивност, прије свега због лакшег задуживања ортака, јер због њихове неограничене одговорности повјериоцима који су се поуздали у њихову солвентност најчешће нису била потребна додатна средства обезбјеђења. На тај начин су оствариване и уштеде у трошковима задуживања. Ова појава је објашњавана и тзв. „Pecking Order“ теоријом, према којој менаџери генерално преферирају интерно над екстерним финансирањем предузетништва, а кад већ морају посегнути за овим другим, онда се радије задужују него што повећавају капитал.⁴¹

Либерализација регулативе компанија је, ипак, подигла њихову конкурентност у односу на ортаклуке, а основна предност се своди управо на ограничену одговорност за обавезе компаније, односно сношење ризика пословања до висине унесеног улога. Насупрот томе, у праву ортаклука Енглеске је прихваћен принцип неограничене солидарне одговорности за обавезе ортаклука,⁴² и то за све облике, а не само у односу на деликтну одговорност. Наиме, подјела на двије варијанте одговорности („joint“ и „joint and several“) је превазиђена доношењем Закона о грађанскоправној одговорности из 1978. године.⁴³ Иако ортаци у међусобном договору могу појединима од њих ограничити одговорност, уз обавезу

39 Видјети David Kelly, Ann Holmes, Ruth Hayward, *Business Law*, Cavendish Publishing Ltd, London, 2002., 309.

40 Међутим, прихватају се одређена дејства као да правни субјективитет постоји, као нпр., у погледу признања одвојености имовине ортаклука од личне имовине ортака, за потребе исплате дивиденди из њеног увећања, намирења повјерилаца у случају престанка ортаклука и у извршним судским поступцима, и сл. Више: D. Kelly, A. Holmes, R. Hayward, 317-319.

41 Stewart C. Myers, *The Capital Structure Puzzle*, 1984., 575, 581. Наведено према R. Bubb, 352-353.

42 За разлику од шкотског права које је прихватило теорију ентитета и обавезу претходног покушаја намирења на имовини самог ортаклука, па тек потом на имовини ортака. Види: L. E. Ribstein, 837.

43 Види: D. Kelly, A. Holmes, R. Hayward, 321. Иначе, ако је штета причињена ван редовне дјелатности ортаклука или без изричите одговорности свих ортака, тада не постоји одговорност ортаклука, већ лична одговорност самог ортака. Видјети случај *Arbuckle v Taylor* (1815) 3 Dow 160, наведен према E. Macintyre, 449.

обавјештавања пословног партнера о таквом ограничењу, они то у пракси ријетко чине.⁴⁴

Да би се подигла атрактивност ортаклука, као и у циљу спречавања пререгистрације постојећих ортаклука на територији САД, и у Великој Британији је омогућено оснивање ортаклука са ограниченом одговорношћу. За разлику од првих закона о ортаклуцима са ограниченом одговорношћу, који су првобитно захтијевали минимални износ осигурања од одговорности у циљу заштите одговорних лица у случају тужби против ортаклука због непажње или лоше праксе,⁴⁵ енглеска легислатива остварује у потпуности концепт ограничене одговорности. Ова форма се, ипак, разликује од оне у САД, прије свега, по томе што има правни субјективитет и мора се уписати у Регистар компанија. Поред тога, на ортаклуке са ограниченом одговорношћу у Великој Британији се, у случају правне празнине у посебном Закону који регулише овај облик организовања, не примјењује право ортаклука, него компанијско право, осим ако Законом или другим актом није другачије одређено.⁴⁶

Овај облик организовања, као и компанија, може да држи имовину у своје име, оптерети своју имовину путем лебдеће залогe, улази у уговорне односе у своје име и за свој рачун, тужи и буде тужен. Такође, и смрт или престанак ортака неће утицати на престанак самог друштва, јер је оно одвојено од својих чланова.⁴⁷ Ипак, и на ортаклук са ограниченом одговорношћу се примјењују исти порески прописи као и на опште ортаклуке (уз одређене изузетке, као нпр. клубове и удружења која изаберу ову форму организовања, на које се примјењују прописи који се односе на опорезивање компанија). Затим, процес доношења одлука кореспондира оном у ортаклуку.⁴⁸ Такође, за разлику од приватне компаније, ортаклук са ограниченом одговорношћу не може функционисати као једночлано друштво и уколико преостане само један члан у периоду дужем од шест мјесеци, он ће изгубити привилегију ограничене одговорности и бити лично одговоран за све обавезе настале у том периоду.

44 Е. Macintyre, 581.

45 Што је био случај са статутима Делавера и Тексаса. Види: Joseph A. McCahery, Erik P.M. Vermeulen, „The Evolution of Closely Held Business Forms in Europe“, *The Journal of Corporation Law*, Vol. 26, 2001, 866.

46 Види: *ibid*, 588. Тако се, нпр., у односу на права и обавезе између самих ортака примјењује право ортаклука.

47 То, уствари, и јесу чланови у правом смисли ријечи, а не ортаци. Видјети и D. Kelly, A. Holmes, R. Hayward, 328-329.

48 J. A. McCahery, E. P.M. Vermeulen, 866.

Ортаклук са ограниченом одговорношћу у Великој Британије је, према томе, ортаклук само по термилошком одређењу, док је суштински много ближи компанији, тј. друштву капитала. Из тог разлога се сматра прикладнијим само за велике „фирме“ из домена слободних професија, а у много мањој мјери за оне које су мале и средње величине према рачуноводственим критеријумима. Разлози за то се састоје у већим трошковима конституисања у односу на ортаклуке, већој комплексности и тешкоћама у примјени легислативе, неповољним захтјевима рачуноводства и ревизије⁴⁹ (иако мали ортаклуци са ограниченом одговорношћу имају исте изузетке и олакшице као и мале компаније),⁵⁰ непогодностима код тражења кредита, с обзиром на непостојање неограничене солидарне одговорности. Такође, кредитори су мање заштићени и у смислу непримјењивања правила компанијског права у погледу одржавања капитала, с обзиром на то да није регулисана контрола повлачења капитала из имовине ортаклука са ограниченом одговорношћу.⁵¹ Осим тога, разлог за додатну неатрактивност у односу на идентичну форму у САД састоји се и у томе што је у Великој Британији мањи порески притисак на акционаре него у САД, па је и усљед тога мања стимулисаност инвеститора у правцу избора ове форме привредног друштва.⁵² Наведени разлози, између осталог, су навели ревизоре на даље истицање незадовољства, јер бројни проблеми нису рјешени, имовина „фирме“ и даље може бити збрисана на основу тужбених захтјева за накнаду штете због непажње, и даље је потребно значајно осигурање њиховог пословања, а и ниво заштите личне имовине ортака у овим друштвима нију у потпуности јасан.⁵³

Још један недостатак регулативе ортаклука са ограниченом одговорношћу у Великој Британији у односу на америчко право је у недовољно јасном дефинисању одговорности ортака (чланова) за обавезе друштва. Иако се претпоставља да је интенција ограничење одговорности за туђе пропусте, непажњу или малверзације у пословању, ипак, то није наведено изричито (као у актима појединим америчких држава), већ је препуштено на тумачење судској пракси, чиме се уводи одређена доза несигурности.⁵⁴

49 Који се, с друге стране, не примјењују на америчке ортаклуке са ограниченом одговорношћу. Видјети: J. Freedman, 903.

50 Види: D. Kelly, A. Holmes, R. Hayward, 330-331.

51 Ibid, 331.

52 J. Freedman, 903-904.

53 Ibid, 907.

54 Ibid, 910.

И поред свих недостатака, реформа енглеског права о ортаклуцима је у великој мјери утицала и на њемачко право. Наиме, и у том правном систему је прије неколико година уведен концепт ортаклука са ограниченом одговорношћу, али са још ужим режимом ограничења одговорности и са ограничењем коришћења овог организационог облика само у односу на законом набројане слободне професије. Наиме, концепт ограничене одговорности ортака је дубоко супротстављен њемачкој правној традицији ортаклука, али је уведен из просте нужде да би се спријечило одлив њемачких адвокатских и рачуноводствених ортачких друштава у иностранство, прије свега у Велику Британију. Прилику за то су им пружиле и пресуде Европског суда правде, почев од случаја Centros из 1999. године.⁵⁵ У принципу, заузет је став да се у државама чланицама Европске уније не смије вршити дискриминација правних субјеката регистрованих у једној држави чланици, а који дјелују у другој. Ово је навело приближно половину највећих ортаклука адвокатске професије да преузму англосаксонски статус. Промијенили су не само име, већ и стил пословне праксе (принципе вођења послова, фокус стратегије, мобилност адвоката, политику регрутовања, и сл.).

Као одговор на наведену појаву је у јулу 2013. године усвојен Закон о увођењу ортаклука са ограниченом професионалном одговорношћу и промјени права за професије адвоката, заступника патената, пореских консултаната и ревизора.⁵⁶ Овим Законом је, уствари, допуњен Закон о ортаклуцима из 1994. године, увођењем могућности избора ортаклука са ограниченом одговорношћу и то само за у закону наведене слободне професије. Такође, ограничење одговорности се односи само на професионалну одговорност за лошу праксу, док за остале обавезе и даље постоји неограничена солидарна одговорност. Додатно, ограничење одговорности се примјењује само под условом да су овакви ортаклуци и осигурани од одговорности у минималном законом одређеном износу. Тако је, нпр., за адвокате минимална осигурана сума 2,5 милиона Евра, а за пореске консултанте милион Евра.⁵⁷ Још једна разлика у односу на

55 Case C-212/97 Centros (1999) ECR I-01459. Након тога, сличне одлуке су донијете и у случајевима *Überseering* из 2002. год. и *Inspire Art* из 2003. год. Видјети: Matthias Kilian, „Germany: Imitation is the Sincerest Form of Flattery – The New German LLP“, *Legal Ethics*, Vol. 16, Part 1, 2013., 233.

56 *Gesetz zur Einführung einer Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufschaffung und zur Änderung des Berufsrechts der Rechtsanwälte, Patentanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer*, BGBl. I S. 2386, 19.07.2013.

57 Ibid, чл. 2. и чл. 4.

ортакрук са ограниченом одговорношћу енглеског правног система састоји се у томе да њемачки пандан нема правни субјективитет.⁵⁸

IV Закључак

Док наше право суверено стоји на позицијама класичног ортачког друштва, у упоредном праву се одвијају крупне промјене у режиму овог облика организовања привредних друштава. Уводи се теорија ентитета у објашњењу његове правне природе у правима у којима раније није признаван правни субјективитет, а потом се ограничава и одговорност за обавезе ортакука, и то свих ортака у друштву чиме се озбиљно доводе у питање својства друштва лица. Ове промјене су резултат истрајавања самих ортакука, нарочито из сфере слободних професија, који нису више жељели да се носе са неограниченом солидарном одговорношћу, без постојања сопствене кривице, а у новим условима глобалне кризе финансијског сектора, у којим су много учесталија оштећења и умањења имовине разних пословних субјеката који користе савјетодавне и сл. услуге адвокатских, рачуноводствених и сличних ортакука.

Иако се заинтересованим ортакуцима у националним легислативама нуди и алтернативно организовање у форми друштва капитала, они, ипак, не желе да се одрекну предности ортакука у областима уређења унутрашњих односа у друштву, нижих трошкова пословања и, нарочито, опорезивања. Стога креиране нове форме организовања које носе термилошко одређење ортакука или им се оно признаје, као у случају компаније са ограниченом одговорношћу америчког права, фактички представљају тзв. „правне мутанте“ који истовремено садрже особине више различитих облика привредних друштава и не могу се искључиво подвести ни под један од њих.

У неким правним системима је и невољно долазило до наведених промјена како би се спријечио одлив ортакука из области слободних професија и усвајање туђих стандарда и правила пословања. Наше право за сада није погођено новонасталом појавом, прије свега, из два основна разлога, и то зато што организовање у форми ортачких друштава никад није заживјело у значајнијој мјери као у неким другим правним системима, као и из разлога што постојећа ортачка друштва у већини случајева немају толики обим пословања који би представљао критичну тачку за интензивније залагање за преуређивањем режима ове форме организова-

58 М. Kilian, 235.

ња и у домаћој легислативи. С друге стране, реалније би било очекивати да се у догледно вријеме форма грађанскоправног ортаклука преведе у именовани уговор, као што је учињено и у другим државама насталим на простору бивше СФРЈ.

Zoran VASILJEVIĆ, PhD,

Associate Professor at the Faculty of Law University of Banja Luka

CLASSIFICATION OF PARTNERSHIPS ACCORDING TO LIABILITY OF PARTNERS

Abstract

The author analyzes the domestic and comparative regulation of partnership as a form of organization in order to perform certain business activities. Thereby it is indicated to the new concepts that are gaining more and more support in comparative law and which are the product of the wishes of the partnerships themselves, especially from the domain of free professions. The most significant changes relate to the acceptance of partnership as an independent entity in those legal systems that have not yet recognized its legal subjectivity and limitation of liability for the obligations of the partnership to the level of share participation in partnership, analogously to the capital companies' regime, but with the maintenance of some important privileges which were held by the classic partnerships, for example, in the segment of organizing, conducting business and, in particular, taxation. It is concluded that by introducing new forms of partnerships, "legal mutants" are practically created, whose legal nature is difficult to determine.

Key words: *partnership, partner, proportionate liability, joint and several liability, limited liability.*