
НАУЧНИ РАДОВИ

УДК: 347.72.02(497.11)

CERIF: S 144

ТИП РАДА: ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД

DOI: 10.55836/PiP_22101A

др **Мирко ВАСИЉЕВИЋ**^{*}
редовни професор (у пензији) Универзитета у Београду –
Правног факултета, Србија

ПРИВРЕДНО ДРУШТВО БЕЗ УГОВОРА О ДРУШТВУ – „ДРУШТВО КАО ФАКТИЧКО“

Сажетак

Опшња теорија привредних друштва заснована на специјализованим законима који их уређују заснива се на њиховом именовању и класификовању према сродним карактеристикама (именована друштва). Сва привредна друштва имају прописане опште конститутивне (битне) елементе заједничке за њих и без којих нема поноважног друштва, али свако појединачно друштво зависно од врсте има и неке своје посебне елементе који се придодају тим опшћим елементима са истовешним правним дејством.

У контексту постојања концепције законом именованих форми привредних друштва, поставља се питање могућности постојања „друштва као фактичког“ као својеврсне форме неименованог друштва. Иако ово друштво у концепцијском смислу не постоји (законодавац га не препознаје), оно постоји у функционалном смислу и као такво га препознаје уредна судска пракса. У српској правној пракси (праћанској и прџовачкој) у овом смислу иакође постоји ово друштво, али га српска

* Електронска адреса аутора: vaske@ius.bg.ac.rs.

судска пракса још увек не прејознаје. По нашем уверењу, прејознавање постојања овој друштва у низу фактичких ситуација удруживања правних и/или физичких лица, те на тој основи одговарајуће примене режима привредних друштва (у главном друштва лица) на ово друштво, допринело би дизању прага правне сигурности и побољшању положаја поверилаца овој друштва и његових чланова, на основама инстинктивна правичности и тиме морализовања права.

Кључне речи: „Друштво као фактичко“ – Констиитивни елементи. – Правичности. – Судска пракса. – Разграничење од фактичкој друштва. – Морализовање права.

I Постављање проблема

Привредно друштво без уговора о друштву, реалност или фикција, факт или право? Ако је концепт закона који уређује привредна друштва, као што је то случај са српским правом (по угледу на романску правну традицију),¹ правни субјективитет свих привредних друштва, по класичној класификацији и категоризацији и друштва лица (ортачко и командитно) и друштва лица и капитала (друштво с ограниченом одговорношћу) и друштва капитала (акционарско – отворено и затворено), чији су конститутивни елементи и формални уговор о друштву, и упис у прописани регистар, онда постојање „привредног друштва без уговора о друштву“ није реалност нити право. Ипак, пословноправна пракса подсећа правну теорију на потребу тражења одговора на питање статуса овог друштва у околностима евидентног фактичког постојања.

Привредно друштво без уговора о друштву, самим тим и без уписа у прописани регистар, је фактичка ситуација у којој су се два или више лица (у признатом концепту могућности постојања једночланог друштва отвара се питање и таквог постојања) сагласили да испуњавајући друге конститутивне елементе привредног друштва (улог, добит и ризик, евентуално и *affectio societatis*) и да буду чланови неке заједнице с економским циљем без изражавања жеље да оснују друштво (нема закључења уговора о друштву и нема уписа у регистар). Овакав фактицитет са елементима институционалности могао би се назвати „друштво као фактичко“, по некој аналогiji са „фактичким друштвом“ које је основано и уписано у регистар, али је због постојања неког законског основа ништаво (јер је оснивачки акт таквог друштва ништав).²

1 Закон о привредним друштвима – ЗОПД, *Службени гласник РС*, бр. 36/11, 99/11, 83/14, 5/15, 44/18, 95/18, 91/19 и 109/21, чл. 3 и 8.

2 ЗОПД, чл. 13 и 14.

Овакве фактичке (да ли и правне?) ситуације постоје одувек у области пољопривреде, у области извршења слободних професија, у неким трговачким делатностима, при развргнућу ванбрачних заједница или раскиду брачних заједница, при трансформацији (конверзији) неких уговора у привреди и слично.

Законска инсуфицијенција? Да ли ова чињеница може да буде сметња за својеврсну кохабитацију права и факата, макар и крхку, за ход права ка социолошким феноменима („социјалогизација права“, „морализација права“), за узимање у обзир од стране судије ситуација непрепознатих у праву? Правна догматика или ортодоксност би свакако рекли да је ово својеврсна „правна сметња“, али би телеолошки концепт права свакако морао однети превагу. Овакво својеврсно „правно признање“ фактицитета води и признању правних дејстава овог феномена, што је пут решењу побуна чињеница против права. Ово, ако ништа друго, налажу и разлози правичности (заштита савесних трећих лица) ослоњени на „*џеорџију њривџа*“. Чини се да је ово друштво и инструмент правичности који као такав користи упоредна судска пракса у ситуацијама сарадње више правних или физичких лица у неком подухвату када не постоји неки споразум који би је подвео под правни режим уговора у друштву. У сваком случају постоји снажан интерес поверилаца да се у оваквим случајевима примене правила солидарне или заједничке одговорности или да се обавеза припише друштву креираном као такво, а не да буде индивидуална обавеза појединачних учесника подухвата.

II Конститутивни елементи привредног друштва и „друштво као фактичко“

1. Уговор о оснивању привредног друштва – оснивачки акт

Често се догађа да уговорне стране закључе одређени уговор не дајући му квалификацију правне природе или дајући погрешну квалификацију, те је потребно одређивање његове природе, са циљем утврђивања заједничке намере уговорних страна. У сваком случају, привредно друштво се увек базира на формалном уговору (*forma ad solemnitatem*) с посебним карактеристикама (оснивачи и чланови друштва са посебним чланским правима у том својству у привредном друштву),³ а никад на самом закону или другом извору или уговору који нема карактеристике уговора о оснивању привредног друштва (нпр. са-наследници, заједница поверилаца у стечају, сусвојина, плодуживање, уговор између супружника, фидуција, залога итд.). С друге стране, уговор о оснивању привредног друштва увек има неки заједнички циљ

3 Paul Le Cannu, Bruno Dondero, *Droit des sociétés*, Paris, 2012, 76–79.

оснивача и изражен *affectio societatis* који не постоји у другим сродним уговорима⁴ (*заједнички циљ* и *affectio societatis* не постоји у уговорима о продаји где продавац и купац у принципу имају одвојене уговорне циљеве по правилу интересно супротстављене; исти је случај и за уговор о делу, уговор о закупу, уговор о раду, уговор о услугама, уговор о мандату, уговор о остави, уговор о превозу, уговор о заступању, уговор о концесији, уговор о зајму и кредиту, уговор о размени, издавачки уговор, уговор о удруживању привредних друштава ради остварења других циљева а не добити, али заједнички циљ у смислу грађанског или привредног друштва постоји код уговора о конзорцијуму и слично).⁵

Општи услови уговорног права који се траже за пуноважност уговора⁶ захтевају се подједнако и за овај уговор, будући да и он има облиациона дејствија – материјални услови (*сјособности уговорних страна* – искљученост малолетника и пунолетних лица лишених или ограничене пословне способности,⁷ *уредмет* – дозвољеност и одређеност,⁸ *сајласности воља* – без заблуде, претње и принуде, *кауза* – мотив)⁹ и формални услови (формализам – писмена форма, овера потписа,¹⁰ упис у прописани регистар и објава).¹¹ Мане воље у настанку уговора о оснивању привредног друштва могу бити значајне за његову судбину,

4 Michel D. Juglart, Benjamin Ippolito, Jacques Dupichot, *Les sociétés commerciales*, Paris, 1999, 114–119; Ivan Tchoutourian, *Vers une définition de l'affectio societatis lors de la constitution d'une société*, Paris, 2011, 483–602.

5 Више вид.: Laurence C. V. Gower, *Principles of Modern Company Law*, London, 1992, 265–287; Hardy E. R. Ivamy, *Company Law*, London, 1978, 49–79; Robert Pennington, *Company Law*, London, 1995, 3–31; John Charlesworth (ed. Geoffrey Morse), *Company Law*, London, 1995, 51–95; John H. Farrar, *Company Law*, London – Edinburgh, 1988, 82–121; John Birds *et al.*, *Company Law*, London, 1995, 61–84; Robert Ruedin, *Droit des sociétés*, Berne, 1999, 73–115; André Tunc, *Le droit américain des sociétés anonymes*, Paris, 1985, 43–48; Robert Hamilton, *The Law of Corporations*, Minnesota, 1991, 34–51; Joseph Hamel, Gaston Lagarde, Alfred Jauffret, *Droit commercial*, Paris, 1980, 20–58; René Rodière, *Droit commercial*, Paris, 1980, 14–22; Yves Guyon, *Droit des affaires*, Paris, 2003, 93–129; Maurice Cozian, Alain Viandier, Florence Deboissy, *Droit des sociétés*, Paris, 1998, 53–86; P. L. Cannu, B. Dondero, 63–80.

6 Вид. Слободан Перовић, *Облиационо право*, Београд, 1980, 245–366; Оливер Антић, *Облиационо право*, Београд, 2007, 212–331.

7 M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, 46.

8 Предмет треба разликовати од: каузе уговора о оснивању привредног друштва (то је стицање профита за друштво и чланове или макар само уштеда трошкова), од интереса друштва (који је мера одговорности чланова органа друштва који имају дужности према друштву) и делатности друштва (ужи појам од предмета). Вид. M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, 47–48.

9 *Ibid.*, 43–45.

10 M. D. Juglart, B. Ippolito, J. Dupichot, 123–128.

11 Philippe Merle, Alain Fauchon, *Droit commercial – sociétés commerciales*, Paris, 2001, 63–82; M. D. Juglart, B. Ippolito, J. Dupichot, 46–56, 128–138.

посебно заблуда (о предмету, о личности), уговор може бити симулован и фиктиван – који је често преваран („друштво фасада“).¹²

За разлику од општих правила уговорног права, која важе за уговоре који имају облигациона дејства, будући да уговор о оснивању друштва може да има и *сџајбусна* – *инсџиџуционална дејсџива* (када на његовој основи настаје привредно друштво као правни субјект),¹³ у овом уговору има и одређених посебних правила која произлазе из овог дејства – *џеорија инсџиџуџије*.¹⁴ Управо ова статусна својства

12 Симулована сагласност је чешћи случај од сагласности са манама воље. Симулована сагласност може бити тројака: да се односи на постојање самог уговора; на природу уговора (нпр. *уовор о друшџиву џокрива уовор о џоклону, џиџо може џовређиваџи џраво наслеђивања*); и да се односи на личност могућег сачлана. У погледу дејства привидног (симулованог) уговора, треба разликовати однос према трећима и однос међу уговорним странама. Кад је реч о односу према савесним трећим лицима, привидност уговора не може се истицати према њима (могу се, међутим, позивати на прикривени дисимуловани уговор ако он испуњава услове за пуноважност), док с друге стране у односима између уговорних страна постоје извесне недоумице. Наиме, према решењу српског закона који регулише облигационе односе, *џривидни уовор нема дејсџиво међу уоворним сџранама* (Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени лисџ СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Службени лисџ СРЈ*, бр. 31/93, *Службени лисџ СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља и *Службени џласник РС*, бр. 18/2020, чл. 66). Како су уговорне стране закључивале привидан/очевидан/симулован уговор управо да би прикриле стварни дисимуловани уговор, није логично да ће се позивати на тај дисимуловани-прикривени уговор. Отуда, *чини се лоџичниџим решење францускоџ џрава* (француски Грађански законик [*Code civile*], чл. 1321) које се разликује код овог института од српског права у томе што прописује дејство очевидног – привидног уговора и међу уговорним странама. У прилог овоме, француска теорија наводи карактеристичан случај одлуке трговачког суда Версаја. У конкретном случају, уговорне стране су закључиле уговор о оснивању акционарског друштва са уговореним улозима чланова. Како ови улози нису у целости унети у имовину друштва, односно уплаћени у целости до покретања поступка ликвидације друштва, ликвидатор друштва је тражио од чланова уношење и уплату преосталог дела уговореног улога, али се један оснивач бранио приговором да он није стварни оснивач, већ да је из услужности потписао уговор о оснивању друштва за другог члана чији је био ванбрачни партнер. Судови нису уважили овај аргумент, јер је и тај „тобожњи“ оснивач потписао уговор о оснивању друштва са знањем ствари и да тиме што је по сопственој тврдњи „тобожњи“ оснивач (оснивач из услужности) није мање оснивач. Суштински, међутим, с обзиром на природу уговора о оснивању друштва, који ствара и међусобне обавезе уговарача, али и обавезе према трећем (будуће друштво), овде је *џре реч о уовору у корисџи џређеџи лица (неџо о дејсџиву уовора међу уоворним сџранама)*. Вид. М. Cozian, А. Viandier, F. Deboissy, 44–45.

13 P. L. Cannu, B. Dondero, 163–186.

14 О уговорној и институционалној концепцији привредног друштва и ставу да је оно по својој природи и уговор и институција: Robert P. Austin, Ian M. Ramsay, *Ford's Principles of Corporations Law*, Chatswood, 2007, 25–26; Ph. Merle, A. Fauchon, 32–34. Други аутори говоре да је привредно (трговачко) друштво уговор по свом настанку, а институција са правним субјективитетом по свом функционисању (мада

и чине овај уговор специфичним у односу на уговоре који имају само облигациона својства (по правилу, уговором основано друштво траје неодређено време, друштво има неке корпорацијске органе, уговор се региструје, могуће је искључење члана и иступање члана из друштва, могућ је спор члана друштва са другим чланом као уговорном страном, али и са друштвом, уговор се може променити и већинском вољом,¹⁵ подразумева различитост права чланова, неравноправност чланова уз равноправан третман, права мањинских чланова, дејство према трећим лицима, принудни престанак).

„Друштво као фактичко“, напротив, не почива на неком уговору као формалном правном послу, већ се по правилу заснива на фактици-тету, који некад може бити праћен (али не и нужно) и неформалном сагласношћу (као начин постојања неформалних уговора). Овакав начин настанка овог друштва је и кључни разлог да га именујемо „друштво

уговорни елементи не ишчежавају у потпуности не само код друштава лица, код којих и поред субјективитета друштва скоро у потпуности остају и током трајања друштва, већ у доброј мери и код друштва с ограниченом одговорношћу – случај кад се тражи једногласност за промену оснивачког акта), посебно код друштава капитала, код којих влада „закон већине“, те је тешко прихватити да се то уклапа у теорију уговора, као и сâм правни субјективитет који од друштва чини „правно биће“ и, посебно, континуитет друштва и оснивање с намером трајања: М. D. Juglart, В. Ippolito, J. Dupichot, 41–42, 119–120; Р. L. Cannu, В. Dondero, 165–171.

Институционална теорија привредног друштва има и неке посебне форме: теорија организације предузећа (потврда је форма једночланог друштва које се не уклапа ни у уговорну основу настанка привредног друштва), теорија колективног акта (одликује је став о конвергенцији више конститутивних интереса). Вид. Р. L. Cannu, В. Dondero, 175–179.

- 15 Промена оснивачког акта већинском вољом не сме бити преварна, малициозна или против интереса мањине по капиталу, већ мора бити савесна и у интересу компаније као целине (не изван граница разумности – *шестй дискриминације*), у противном таква промена може бити ништава. У систему два конститутивна акта, промена статута: нема правно дејство ако је супротна уговору о оснивању; промене статута које увећавају обавезе чланова друштва (промена одговорности, додатне уплате, нови улози, рестрикције располагања акцијама и уделима) могуће су само уз сагласност чланова којих се тичу; промена права класе акција могућа је само уз прописану (по правилу квалификованом већином) сагласност скупштине те класе акција; промена не може лишити чланове права које им је дао суд, промена је подложна судском поступку и може бити ништава ако није вршена у интересу компаније као целине. Промена оснивачког акта може бити не само вољна, већ и принудна (усклађивање са законом), промена може бити условљена неким рестрикцијама (већа већина од законског минимума и друга ограничења у складу са законом), промена мора бити у складу са законом и код котираних друштава у складу с берзанским правилима, промене не могу стварати права и обавезе за трећа лица, компанија не може гарантовати непромену оснивачког уговора или статута: J. Birds *et al.*, 79–84; Charles Wild, Stuart Weinstein (eds.), *Smith & D. Keenan's Company Law*, London, 2005, 104–111; R. P. Austin, I. M. Ramsay, 201–205.

као фактичко“, с обзиром на то да се разликује од фактичког друштва и да не настаје кроз процес оснивања.¹⁶

2. Обавеза уношења улога у друштво и „друштво као фактичко“

Заједнички циљ привредног друштва у обављању економске делатности и расподели добити није довољан за конституисање друштва, јер би се он могао остварити и у једночланом друштву. Отуда, потребно је да се оснивачи друштва удруже и да на основу уговорно изражене воље удруже свој рад (управљање, истраживање, савети) или се обавезу на уздржавање од конкуренције и/или удруже одређени други уговорени улог. *Стицање чланској њрава у друштву везано је, дакле, за уношење улога*¹⁷ (не сме бити фиктиван – *нпр. заснарео њајенџ*, потраживање од стечајног дужника и слично) на начин који зависи од природе улога, те се на другој основи не може стећи. Уношење улога није карактеристика само трговачких друштава, већ и разних привредних удружења, али се тамо улог не уноси ради директних лукративних циљева. Улог уједно представља лимит обавеза оснивача (и свих чланова друштва) према друштву (изузетак је обавеза додатних уплата код друштва с ограниченом одговорношћу), па чак и у случају да друштво касније прибегне операцији повећавања основног капитала (члан друштва може остати при свом дотадашњем улогу).

Улози могу бити у новцу (разлика уписа и уплате),¹⁸ у натури – разлика уписа и уноса¹⁹ (који морају бити процењени на прописани начин – непокретне и покретне ствари, права индустријске својине, потраживања, делатност или бизнис, у раду и услугама – ако су такви улози законом дозвољени, као код форми затворених друштава). *Улог у раду и услугама је иначе аргумент за моћну квалификацију „друштва као фактичког“*. Ипак, улог у раду и услугама, сам за себе, није довољан за ову квалификацију, без неких других битних елемената друштва. У француској судској пракси се инсистира на елементу заједничког уноса улога, а не индивидуалног (заједнички улог је оличење воље да се учествује у заједничком подухвату). На овој основи могућа је и примена правила и третман „друштва као фактичког“ и на брачну и посебно

16 Француска правна теорија говори о „креирању“ овог друштва, што има дистинктивност у односу на „оснивање“: Sabine Vacrata, *La société créé de fait, essai de théorisation*, Paris, 2003.

17 Ph. Merle, A. Fauchon, 39–47; M. D. Juglart, B. Ippolito, J. Dupichot, 57; M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, 49–55; P. L. Cannu, B. Dondero, 125–146.

18 M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, 50.

19 *Ibid.*, 51–54.

ванбрачну заједницу,²⁰ с тим што сам заједнички живот, без обзира на дужину трајања, није довољан да оправда примену правила „друштва као фактичког“ (улог у раду и услугама помаже пракси детектовања заједничког живота који превазилази везе узајамног симпатисања и сентименталности). У истом смислу је правни третман заједничког извршења делатности слободних професија.²¹

Улој у раду и услугама (ако је евентуално дозвољен, чиме улагач овог улога стиче својство члана са одређеним специфичностима свог удела на основу тог улога, посебно на плану преноса: стављање на располагање друштву свог имена, знања, „носа“ за индустрију парфема, „чула укуса“ за дегустацију вина и слично) треба *разликоваићи од ујовора о раду* (и улагач овог улога је, наравно, равноправан са улагачима других врста улога и није у подређеном положају као у уговору о раду).²² Улог у натури преноси се у *својину друштва* (као и приликом продаје, *улајач који има йозицију йродавца* одговара за скривене мане и за евикцију), а ако улагач задржава својину, на друштво се преноси право коришћења (*улој уживања* – вредност прихода од таквог добра, ако је такав споразум, улази у основни капитал друштва, а не и вредност тог добра) и успостављају се односи из плодоживања, употребе, закупа, лизинга. Ипак, *разлика између улоја у натури и улоја у услугама* није увек сасвим јасна (нпр. улог пословног имена или његових елемената: клијентеле, *know-how*, кредита – угледа који неко ужива и сл.).²³

а) *Заједнички циљ друштва и „друштво као фактичко“*

Уговор о оснивању привредног друштва има елементе алеаторног уговора. Неспорно је, наиме, да се привредно друштво оснива по правилу ради обављања одређене лукративне делатности у циљу стицања

20 У српској судској пракси, напротив, за сада, деоба заједничке имовине супружника или имовине ванбрачних партнера стечене током трајања брачне или ванбрачне заједнице не врши се применом правила која важе за „друштво као фактичко“, мада сама чињеница да није искључена могућност (што породично законодавство и допушта) утврђивања различитог доприноса настанку заједничке имовине (*огсйујање од йреийосйавке йодједнакој дойриноса* – Породични закон, *Службени йласник РС*, бр. 18/2005–26, 72/2011–73 и 6/2015–6, чл. 180), суштински води признању могућности различитог процента удела у заједничкој имовини по угледу (аналогно) на расподелу имовине „друштва као фактичког“ након његовог развргнућа. Вид. Пресуда: Основни суд Параћин, П. Бр. 435/15; пресуде Апелационог суда у Крагујевцу: Гж. 2428/17, Гж. 1955/20, Гж. 2508/20, Гж. 3098/20 и Гж. 361/21.

21 S. Vacrate, 43–45.

22 M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, 55.

23 P. L. Cannu, B. Dondero, 125–146; M. D. Juglart, B. Ippolito, J. Dupichot, 57–64; M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, 53–54.

профита (правило и претпоставка), а изузетно се може основати и за неке друге неекономске циљеве (изузетак и изричито означавање у оснивачком акту: на пример, уштеда трошкова, заштита животне средине, едукација и побољшање здравственог стања запослених у другим друштвима и слично). Није искључена ни комбинација ова два циља у истом друштву.²⁴ Циљ оснивача друштва остварује се обављањем делатности чији је избор у принципу слободан, ако је та делатност законита, могућа и у складу са добрим обичајима (узетим објективно и независно од субјективне процене и мотива оснивача).²⁵

Сваки оснивач (члан, ортак, акционар) друштва има право *да учествује у добити* у друштвима са економским циљем (правило). Ипак, како уговор (или одлука) о оснивању трговачког друштва има у извесном смислу *алеаторни карактер* (добит није извесна), то чланови друштва носе ризик губитака друштва (што треба разликовати од обавеза друштва према трећим лицима). Отуда, чланови друштва (у својим међусобним односима код друштава капитала, а код друштава лица и према трећим лицима) преузимају и ризик пословања (покривање губитака друштва на терет резерви и нераспоређене добити, смањење основног капитала друштва, непостојање ликвидационог вишка, банкротство основаног друштва и сл.).²⁶ *Дужности учествовања чланова друштва у губицима друштва* у директном смислу се и не тиче чланова, већ њиховог друштва и капитала друштва, што их индиректно такође погађа.²⁷ Ову дужност треба *разликовати од одговорности чланова друштва за дугове (обавезе) друштва према трећим лицима*, која зависи од врсте друштва.²⁸

24 Француски закон о трговачким друштвима новелама из 1978. године први пут утврђује дуплу циљну функцију: „деоба добити и уштеда трошкова“ („partager le bénéfice ou profiter de l'économie“): P. L. Cannu, B. Dondero, 159.

25 P. L. Cannu, B. Dondero, 157–161.

26 „Чланови друштва се удружују и за ‘најбоље’ и за ‘најгоре’ и постоји симетрија учешћа у добити и допринос губицима друштва“: S. Vacrate, 29–30.

27 Ph. Merle, A. Fauchon, 48–56; M. D. Juglart, B. Ippolito, J. Dupichot, 65–69; M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, 58–61; P. L. Cannu, B. Dondero, 157–161.

28 Финансијске обавезе члана друштва према друштву (изузетно и према трећим лицима) су вишеструке: прво, обавеза уношења уговореног улога у друштво (потраживање друштва); друго, додатне уплате код друштва с ограниченом одговорношћу; треће, обавезе по основу уговора ван својства члана друштва; четврто, обавезе чланова друштва да носе ризик пословања друштва и покривају губитке друштва; пето, обавезе чланова ортакског друштва и комплементара према повериоцима друштва по основу неограничене одговорности, обавезе чланова друштва капитала за обавезе друштва према трећим лицима (пробијање правне личности, евентуално такве обавезе код стечаја друштва). У француском праву, ту је и уставна гаранција пасиве код уступања контроле код затворених друштава, која често

Постотак удела (акција) у друштву уједно је и мера учешћа у добити друштва, односно сношења ризика друштва, али ово правило није когентно, те је могућ и други споразум (разликовање и на овај начин *активних и пасивних чланова*).²⁹ Ипак, искључене су као недозвољене, по правилу, такозване „лавовске клаузуле“ (алузија на Фонтенову басну о „јарцу, кози и јарићима у друштву са лавом“) које могу имати различите изражајне облике (*дозвољене неједнакости и недозвољене неједнакости*).³⁰

У *ширем смислу*, ове клаузуле обухватају и недозвољена располагања (ограничења плаћања), која се првенствено тичу самог друштва и његових поверилаца (нпр. фиксно означавање процента по којем ће се обрачунавати дивиденда независно од добити).³¹

У *ужем смислу*, ове клаузуле обухватају односе који се тичу интереса једног или више чланова друштва: прво, није дозвољено уговарање учешћа само у губитку, али не и у добити – клаузула искључивости; друго, није дозвољено уговарање учешћа само у добити, изузев евентуално за улог у раду и услугама – *клаузула искључивости* (данас се све више и ова клаузула сматра недозвољеном);³² треће, као принцип (који дозвољава уговорно одступање) нису дозвољене клаузуле које би чланове

може имати и природу „лавовске клаузуле“. Вид.: P. L. Cannu, B. Dondero, 123–124; M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, 60–62.

29 M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, 58.

30 У француској теорији и пракси су, на пример, подељена мишљења око дозвољености (или недозвољености, као *лавовских*) клаузула у оснивачком акту или статуту друштва о обећању продаје или уступања удела или акција затвореног друштва по цени стицања у току трајања друштва другим члановима друштва у неком каснијем времену. Поставило се, наиме, питање да ли је фиксна цена делимично искључење тог члана друштва у партиципацији нове касније вредности просперитетног друштва (искључење из учешћа у вредности увећаног капитала друштва), а посебно ако би продаја тог удела значила и преузимање управљачке контроле у том друштву, што се у време уговарања такве клаузуле није могло претпоставити. Вид. P. L. Cannu, B. Dondero, 112–116; Ph. Merle, A. Fauchon, 56–60; M. D. Juglart, B. Ippolito, J. Dupichot, 68.

31 P. L. Cannu, B. Dondero, 110.

32 Нема спора да су *лавовске клаузуле искључивости* (неравнотежа права и обавеза: добит и губитак) недозвољене, али спорно је питање да ли су те клаузуле дозвољене *ако нису искључиве, већ делимичне* (било процентуално, било временски): ако сразмера учешћа у добити није сразмерна капитал учешћу у друштву, или сразмера учешћа у губицима није такође сразмерна том капитал учешћу, као и да ли је ова делимична несразмера такође једнострано делимично искључива (искључива несразмера на страни добити и искључива несразмера на страни губитака друштва), или је, пак, ова несразмера учешћа у добити и губицима и у једном и у другом правцу једнострано делимично искључива и у истом обиму (временски или процентуално). Нама се чини да би само *делимична равнотежна искључивост* (и у једном и у другом правцу) могла да буде прихватљива, под условом да нема елеме-

друштва стављале у неравноправан положај, због начелне равноправности – *принцип једнакости* (у мери удела у друштву и акција) свих чланова друштва. Ово правило, међутим, трпи и одређена ублажавања (на пример, имовинска права непропорционална у стриктном смислу акцијама или уделитема, издавање преференцијалних акција и акција са двоструким или вишеструким правом гласа – које се све више забрањују у условима промоције принципа једна акција – један глас итд.). У пракси се, међутим, ретко срећу овакве радикалне клаузуле, већ *клаузуле које су суицилне* али са сличним циљем, а тиме и дејством. Све ове клаузуле сматрају се *ништивим* – *као да нису ни написане*, али је уговор о оснивању привредног друштва пуноважан (*делимична ништивост*).³³

У принципу, ако се „друштву као фактичком“ признаје статус друштва и тиме и статус његових учесника као статус чланова друштва, онда нема посебног разлога да се ова општа правила привредних друштава (првенствено друштава лица) која произилазе из заједничког циља (*циљна функција друштва*) не примењују и на ово друштво.

б) *Affectio societatis* (воља да се оснује друштво) и „друштво као фактичко“

Битан конститутивни елемент привредног друштва је и воља да се створи друштво и прихвати ризик пословања (да се тиме одвоји приватна имовина чланова друштва од имовине друштва – *теорија наменске имовине*) и да се у њему сарађује са другим оснивачима и члановима друштва, изузев код једночланог друштва (*affectio societatis*),³⁴ пошто се сваки улог у циљу стицања добити не сматра трговачким друштвом.³⁵ Ова намера претпоставља активан, заинтересован

напа злоупотребе већине, док би се у осталим случајевима радило о варијантама недозвољених клаузула. Упор. P. L. Cannu, B. Dondero, 112.

33 У француској теорији се заузима доминантан став да је санкција забрањености лавовских клаузула, *као принцип*, ограничено поништење (делимична ништивост) – клаузула се сматра ненаписаном (*la clause est „répétée non écrite“*). Као изузетак, сматра се да санкција треба да буде ништивост самог уговора јер је, у суштини, ништаво и само друштво ако без те клаузуле оно практично не може опстати (на пример, ако је друштво основано за неко специјализовано истраживање, а само један од чланова може учествовати у добити, или ако је друштво основано за уштеду енергије у локалу чије је коришћење резервисано само за једног члана и слично). Вид. Ph. Merle, A. Fauchon, 56–60; P. L. Cannu, B. Dondero, 111–117; M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, 58–59.

34 Ph. Merle, A. Fauchon, 60–62; M. D. Juglart, B. Ippolito, J. Dupichot, 69–72; M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, 64–66; P. L. Cannu, B. Dondero, 58–62.

35 У једној одлуци Апелациони суд Тулуза одбио је да призна постојање овог друштва с мотивом да постојање улога није доказано, као ни постојање учешћа у добити и

приступ,³⁶ конвергенцију интереса и равноправност чланова. Интензитет ове намере зависи од врсте друштва – ако је већи ризик ортака (неограничена одговорност) *affectio societatis* је јаче изражен. Што је друштво мање, чвршћа је веза оснивача и чланова друштва са друштвом. Чак и унутар истог друштва *affectio societatis* није увек подједнако изражен код свих чланова (нпр. акције са правом гласа и без права гласа, куповина акција на берзи или удела у затвореним друштвима и слично). Ова карактеристика истовремено открива постојање трговачког друштва (ако не постоји при оснивању, трговачко друштво не постоји – друштво је ништаво),³⁷ регулише живот друштва (*принципијелна једнакост чланова и искључење субординације*) и омогућује разликовање члана друштва од нечлана („позајмљено име“, симуловани/привидни уговор) и самог трговачког друштва од блиских института (уговори о кооперацији, уговори о саиздаваштву или коауторству, фактичко друштво, контролни члан друштва и, просто, члан инвеститор).³⁸ *Affectio societatis* мора да постоји и током трајања чланског статуса у друштву (ако тога нема, друштво може престати по тужби мањинских чланова и слично – током трајања друштва тиме је постало фиктивно и престаје ликвидацијом) или ако не постоји код неког члана друштва – члан је постао фиктиван (стекао се прави разлог за иступање из друштва).³⁹

Намера удруживања је субјективна категорија и као таква је несигурна, стога је потребна објективизација овог појма, што је нарочито изражено код „друштва као фактичког“, с тим што се неки елементи субјективног не могу занемарити. У овом контексту француска правна

губицима, што сведочи о (не)присутности *l'affectio societatis* – дакле није постојало кретање између рачуна ванбрачних партнера и није постојао заједнички рачун. С друге стране, Апелациони суд Ренса судио је недовољним постојање заједничког рачуна за доказ постојања „друштва као фактичког“. Француски Касациони суд захтева строгу карактеризацију воље чланова у конститутивном акту друштва и прецизира „чим нема воље удруживања, ни воље за реализацијом добити, чињеница да постоји улог у раду за постојање друштва није довољна“. Ова одлука Касационог суда изричито, међутим, не каже да се односи и на „друштво креирано као фактичко“, што чини с разлогом с обзиром на то да ово друштво, за разлику од општег појма привредног друштва, постоји и ван воље чланова у субјективном смислу посматрано. Вид. S. Vacrate, 36–39.

36 Руковођени одлукама трговачких судова, неки француски аутори на питање да ли се може уписати једна акција да би се надзирало шта се дешава у неком трговачком друштву, да би се сматрало да постоји „душа удруживања“, одговарају негативно: M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, 65.

37 P. L. Cannu, B. Dondero, 60.

38 Вид. Y. Guyon, 125–126.

39 Вид. Ph. Merle, A. Fauchon, 60–62; M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, 64–66; I. Tchotourian, 21–194; P. L. Cannu, B. Dondero, 58–62.

теорија говори о унитарној концепцији *affectio societatis* и плуралистичкој концепцији. У пракси, иако воља удруживања и заједничког подухвата код овог друштва није изражена, судови морају утврдити постојање такве воље учествујућих страна да буду чланови овог друштва (по последицама: заједничко ефективно извршење делатности за заједнички рачун), с тим што се упозорава да је неприхватљиво да се свака сарадња карактерише као постојање овог друштва имајући у виду правна дејства која из тог произлазе и у односу на „чланове“ и у односу на трећа лица.⁴⁰ У сваком случају, *affectio societatis* је у самом срцу садржаја „друштва као фактичког“, што може допринети победи правичности и савесности, а што опет доприноси снижењу правне несигурности. У извесном смислу, учешће у заједничком подухвату ствара претпоставку постојања *affectio societatis*, те француски судови ретко и утврђују постојање активне воље (претпоставка је инструмент који маскира ову судску празнину).⁴¹

III Разграничење „друштва као фактичког“ од сродних института

„Друштво као фактичко“ није друштво у оснивању. Оснивачи који намеравају да оснују привредно друштво могу да закључе тзв. предговор о закључењу уговора о оснивању привредног друштва, у складу са *ојшћим йравилима облијационој йрава* (тражи се иста форма као и за уговор о оснивању друштва, који је и *кауза овој йредујовора* – писана форма као битна и свечана форма: овера потписа или форма нотарског акта). *Йредујовор (йредоснивачки ујовор)* мора садржати све битне елементе будућег оснивачког уговора да би био пуноважан као предговор (да би обавезивао на склапање оснивачког уговора), у противном, конституисао би само одређене обавезе за уговорне стране, будући да је створио елементе ортачке заједнице („*joint venture*“ у америчком праву, који по већинском ставу престаје да постоји кад се корпорација региструје, када престаје однос из орташтва и када корпорацијски штит формира права, обавезе и одговорности акционара уместо ортака).⁴²

„Друштво као фактичко“ није *йреддруштво*. У традицији германског права постоји установа тзв. *йреддруштва* (друштво грађанског

40 S. Vaccate, 51–63.

41 Занимљива француска судска пракса утврђивања постојања овог друштва код ванбрачних заједница у контексту расподеле заједничке имовине након њиховог престанка у S. Vaccate, 64–68.

42 ЗОО, чл. 45. Вид. R. Hamilton, 79–80; P. L. Cannu, B. Dondero, 199–208; Jakša Barbić, Vilić Gorenc, Zoran Parać, Siniša Petrović, Boris Porobija, Branko Vukmir, *Vodič za čitanje Zakona o trgovačkim društvima*, Zagreb, 1997, 26–27.

права, а не трговачко друштво). Преддруштво, иако није правни субјект, може да преузима права и обавезе за будуће друштво, као права и обавезе заједничке нејодељене имовине оснивача чланова *преддруштва*, а не *јосебне имовине свакој члана преддруштва* и не *преддруштва* (нема субјективитета). У правном промету преддруштво не наступа за своје осниваче, него за будуће трговачко друштво које ће из њега настати, односно чијим настанком преддруштво престаје. Дакле, у овом случају се *права и обавезе са преддруштва настанком друштва аутоматски преносе на њега* и преддруштво престаје да постоји. По правилу, и оснивачи који наступају као својеврсни „заступници“ одговарају солидарно за те обавезе преузете у име будућег друштва (осим ако су у конкретном уговору искључили ту одговорност), поред преддруштва заједничком неподељеном имовином чланова. Настанком друштва, по правилу, аутоматски престаје и одговорност оснивача својеврсних „заступника преддруштва“.⁴³

„Друштво као фактичко“ није ни уговор о оснивању друштва *нији сродни уговор*.⁴⁴ Привредно друштво се увек базира на уговору с посебним карактеристикама (оснивачи и чланови друштва са посебним чланским правима у том својству у привредном друштву),⁴⁵ а никад на самом закону или другом извору или уговору који нема карактеристике уговора о оснивању привредног друштва (нпр. санаследници, заједница поверилаца у стечају, сусвојина, плодуживање, уговор између супружника, фидуција, залога итд.). С друге стране, уговор о оснивању привредног друштва увек има неки заједнички циљ оснивача и изражен *affectio societatis* који не постоји у другим сродним уговорима.⁴⁶

„Друштво као фактичко“ није уговор о раду. Нема сумње да код овог друштва постоји могућност кумулације својства члана овог друштва и својства запосленог, али ово не значи да између ова два института постоји знак једнакости. Наиме, код уговора о раду не постоји *affectio societatis* и постоји начело субординације запосленог послодавцу, што су кључне тачке њиховог разграничења.

„Друштво као фактичко“ није фактичко друштво. Привредно друштво које је основано у прописаном поступку и које је регистрацијом стекло субјективитет, а које не испуњава све услове за оснивање, ништаво је. Овакво друштво се у теорији назива *фактичко друштво – њобожње друштво (société de fait)*. Дакле, за фактичко друштво намера оснивача да оснују друштво није спорна – они су јасно испољили своју

43 Вид. J. Barbić *et al.*, 27–32.

44 P. L. Cannu, B. Dondero, 76–79.

45 *Ibid.*

46 M. D. Juglart, B. Ippolito, J. Dupichot, 114–119; I. Tchoutourian, 483–602.

вољу да оснују друштво у одређеној форми. Код *фактичкој друштва* постоји регистрација друштва и оно је попримило форму трговачког друштва према трећим лицима (његова ништавост не може се истицати од стране оснивача према савесним трећим лицима), те га отуда треба тако и прихватити, као и његове осниваче, зависно од форме друштва. *Ништавост фактичкој друштва, међутим, нема ретроактиван карактер (делује pro futuro – ex nunc).*⁴⁷ Уговор о оснивању друштва је, наиме, уговор са трајним престацијама и извршава се у дужем периоду, те за то време производи дејства, па и са становишта правне сигурности трећих лица било би врло ризично да ова ништавост има ретроактиван карактер (и тобожњи брак производи дејство за прошлост у корист деце и савесног супружника) – *ништавост је, дакле, изједначена са иресанком друштва* и валидношћу правних аката и радњи до тада склопљених или предузетих, са изузетком тзв. паулијанске тужбе и могућности ограниченог дејства у прошлост (*nullité-dissolution*).⁴⁸

47 ЗОПД, чл. 14, ст. 4; Директива о појединим питањима компанијског права (*Directive (EU) 2017/1132 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 relating to certain aspects of company law, OJ L 169, 30. 6. 2017;* даље у фуснотама: Кодификована директива ЕУ [2017/1132]), чл. 12.

48 ЗОПД, чл. 14; Кодификовна директива ЕУ (2017/1132/1132), чл. 12.

У француској теорији истиче се да ништавост друштва може постојати само по основима стриктно прописаним законом. У првом реду, основ ништавости друштва је *ништавост оснивачкој актиа* (по општим правилима грађанског права: мане воље, неспособност уговорних страна, недозвољеност предмета делатности, непостојање каузе, непостојање битних елемената, недостатак прописане форме, непостојање *affectio societatis*), осим ако дође до његове регуларизације (усклађивање са законом). У принципу, одриче се могућност ништавости оснивачког акта друштва капитала због мана воље и неспособности уговорних страна. Ништавост ће уследити и у случају *преваре (fraus omnia corrumpit)*. Ништав је у односу на трећа лица и симулован уговор (фиктивно друштво), али је пуноважан дисимулован уговор (ако се докаже). Ако је реч о позајмљеном имену оснивача, *лице – њогајмљено име* лично је одговорно према друштву, осталим члановима и савесном трећем лицу (а за друштво се може применити институт преваре ако се докаже). Ништавост друштва не мора уследити ако је оснивачки акт *делимично ништав* (нпр. у односу на неке осниваче који немају пословну способност). Ништавост не мора уследити ни када се ради о неким недозвољеним клаузулама за које се сматра да нису ни написане (нпр. *clausula leonina*). У француском праву, *недостигаи формалности регистрације и објаве* традиционално се сматрају апсолутном ништавошћу јер немају за циљ да заштите осниваче, већ трећа лица, с тим што се признаје да то скоро не постоји у пракси. Француска теорија и пракса генерално, међутим, сматрају да ништавост привредног друштва као институт има лошу репутацију и *залажу се за обесхрабљивање ових њогајмљеника и охрабљивање институција који би оштравали основе ништавости*: превентивна контрола, „разређивање“ основа ништавости (уговорни капацитет, кауза, сагласност, предмет, превара и злоупотреба права, симуловани и фиктивни чланови, специфични основи везани за природу уговора о оснивању привредног друштва; поштравање услова за подношење тужбе за ништавост – застарелост тужбе, могућност регуларизације; ублажавање дејстава ништавости: одсуство ретроактивности, заштита трећих савесних лица; увођење

„Друштво као фактичко“ није фактичка група друштва. Непостојање субјективитета групе друштва (фактичке) чини тачку спајања са „друштвом као фактичким“, с једне стране, а с друге стране правила која се примењују на ово друштво омогућују превазилажење неких правних дејстава групе друштва која нису повољна за повериоце (попут непостојања солидарне одговорности чланова групе за шта је потребно постојање много више унитарности међу члановима групе), као и чланове групе (попут олакшане примене правила учешћа чланова у добити и сношењу губитака). С друге стране, између групе друштва и овог друштва нема идентитета код питања улога ради заједничког интереса, као ни код питања постојања *affectio societatis*, те постојања субординације код чланова групе што је страно овом друштву. У сваком случају, „друштво као фактичко“ неверно одражава реалитет групе друштва (група није један субјект, група није један подухват са централизованим одлукама и слично).

„Друштво као фактичко“ није друштво с учешћем. У правима која познају посебну правну форму друштва под именом „друштво с учешћем“ (*la société en participation*) постоји и потреба разграничења с „друштвом као фактичко“. Заједничка им је одлика да су оба без правног субјективитета и тиме без регистрације. Ипак, код „друштва с учешћем“ постоји уговор о оснивању овог друштва чланова друштва

субинстицијална ништавост: клаузуле које се сматрају да нису најиспане, њужба за реуларизацију, тужба за покретање питања одговорности за ништавост; други могући супститути ништавости: „неиспаноје друштво“, ништавост саме регистрације). Вид. P. L. Cannu, B. Dondero, 227–243; J. Hamel, G. Lagarde, A. Jauffret, 129–130, 133–134; M. D. Juglart, B. Ippolito, J. Dupichot, 147–164; M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, 66–75; Мирко Васиљевић, *Компанијско право – право привредних друштва*, Београд, 2019, 106–111; Татјана Јевремовић Петровић, „Ништавост оснивачког акта у српском праву“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2017, 71–94.

У немачком праву (немачки Закон о друштву с ограниченом одговорношћу [*Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*], чл. 75) се сматра да се већина недостатака оснивачког акта, и поред захтевне претходне контроле (нотарска природа), отклања самим чином регистрације. Ипак, озбиљнији и важнији недостаци (ако оснивачки акт нема одредбе о минималном основном капиталу, ако оснивачки акт не садржи одредбе о сврси компаније а недостатак није отклоњен једногласном одлуком скупштине чланова друштва) могу водити његовом поништају од стране суда, по поднетом захтеву било ког члана друштва или члана надзорног одбора или директора. У *принципу*, ради се о *испаним основима који обавезују суд да њо службеној дужности њокрене њоспаноје принудне ликвидације компаније*. У мери у којој су ови основи идентични, предузети кораци могу водити или ликвидацији компаније, или декларисању ништавости која, супротно општим правилима уговорног права, не води дејству од настанка компаније (*ex tunc*), већ само од тренутка проглашења ништавим уписа у регистар – *pro futuro (ex nunc)*, што је дејство и ликвидације друштва. Вид. Burkhardt Meister, Martin Heidenhain, Joachim Rosengarten, *The German Limited Liability Company*, Frankfurt am Main, 2010, 97–98.

(„друштво као фактичко“ је неформалног типа), постоји јасно изражен у субјективном смислу посматран *affectio societatis*, друштво с учешћем може се трансформисати у друштво општег типа и слично.

IV Правна природа „друштва као фактичког“

1. Негативно одређење – шта ово друштво није

Поставља се, на првом месту, питање да ли је „друштво као фактичко“ друштво у смислу теорије о друштвима (грађанским, трговачким)? Полазећи од потребе постојања формалног уговора о привредном друштву као његовог битног конститутивног елемента (изузетак је једночлано друштво које такође има свој формални конститутивни акт), који код овог друштва неспорно изостаје, чини се да одговор на ово питање може бити само негативан. Уговорна природа привредних друштава, без обзира на форму, у чину самог настанка (оснивања) је, без сумње, у теорији и пракси (законодавној, судској, пословној) неспорна, иако у чину функционисања насталих друштава она има у формама друштава лица и даље несмањену улогу и значај (што опредељује њихову природу као друштва-уговори), док код форме друштва капитала (акционарско друштво) и делом код међуформе друштва капитала и друштва лица (друштво с ограниченом одговорношћу), уговорна природа у доброј мери уступа пред институционалном природом (друштво-институција или друштво-институција и друштво-уговор).

Одсуство уговорне основе код „друштва као фактичког“ чини отежаним одређење правне природе овог друштва као друштва у смислу теорије о друштвима (грађанским, привредним – трговачким). Како непостојање уговора о друштву као формалног акта (тима и свих услова пуноважности уговора у смислу теорије уговора, попут сагласности воља, предмета, способности страна, каузе) онемогућује и претпоставку понашања учесника заједничког подухвата као да такав уговор постоји (ћутање је неизражавање сагласности за уговор и тиме неприхватање удруживања), чиме се уједно отклања претпоставка постојања овог друштва, то овај факт, како то сматрају заступници негаторске теорије постојања овог друштва, води закључку да у овом случају нема друштва и да је искључено његово термилошко одређење као „друштво“. На овој основи француска правна теорија критикује изједначавање правног режима овог друштва као законски непризнатог са „друштвом са учешћем“, као законски признатог.⁴⁹

49 S. Vacrata, 249–258, 278–294.

Постојање форме „друштва као фактичког“ негира се и по основу оспоравања постојања *affectio societatis* код овог друштва (намера удруживања за заједнички подухват као својеврсна кауза овог уговора).⁵⁰ И поред контроверзности овог појма, те непостојања директне законске референце (иако она индиректно произлази из такве дефиниције друштва) или крајње редуцирање значаја код прихвата постојања једночланог друштва (нема удруживања лица, нема заједничког подухвата, нема заједничког улога), те најзад постојање различитог интензитета овог института код различитих форми друштва (најизраженије постојање код друштва лица), *affectio societatis* је неизбежни елемент квалификације друштва као кауза заједничког подухвата (како при оснивању друштва тако и при функционисању, а такође и код одређења права и обавеза чланова, престанка друштва због постојања важног разлога, разграничења овог уговора од сродних уговора и чланова друштва од нечланова и слично).

У концептуалном смислу, као статички приступ, дакле, заступници ових теорија постојања овог друштва негирају његово постојање као друштва. Ипак, постоји функционално поимање овог друштва, као динамички појам, које позитивно гледа на постојање ове форме друштва (*теорија привида – сивољнеї изіледа*).

2. Позитивно одређење – шта ово друштво јесте

Да ли је „друштво као фактичко“ фикција или реалност? Судија је по правилу у позицији да арбитражира између фикције и реалности. Да ли су конститутивни елементи, или бар неки, овог друштва видљиви или не? Чини се да је свет социјетарних чињеница код овог друштва више свет фактичких чињеница него правних, више виртуелни него стварни. По својој вокацији, право често није у стању да обухвати укупност животних ситуација. Ипак, применом *теорије сивољнеї изіледа (іојаве)*, као творевине упоредне судске праксе, могуће је ићи и до претпоставке постојања овог друштва у одређеним животним ситуацијама: удруживање више лица, заједнички улог (на пример невраћање дуга може се по теорији привида претпоставити да је у питању новчани улог – постојање воље за заједнички подухват), узајамна помоћ и слично. Правна интерпретација ових и сличних животних ситуација од стране судије⁵¹ може бити различита и различитог степена, при чему је свакако

50 *Ibid.*, 263–272.

51 Иначе, судско откривање постојања овог друштва и својства његовог (фактичког) члана *a posteriori* води практично ретроактивном дејству (да ли је ово друштво

максимум признање права над фактима (легализација), док минимум може бити признање доминације чињеница над правом.⁵²

У одсуству законске помоћи упоредна (нарочито француска) судска пракса креирала је, дакле, теорију спољњег изгледа (појаве) која има супсидијарну природу – покривање ситуација нерешених правом, чиме се задовољавају потребе правичности и правне сигурности. Применом ове теорије (целина спољних знакова којима се манифестује неко стање) могуће је доћи и до претпоставке постојања уговора о овом друштву.⁵³ У грађанском праву примена ове теорије постоји, на пример, код државине (појавни изглед права), ванбрачни статус који има изглед према трећима као постојање брака, постојање фактичког директора, конклюдентни заступник, симуловани правни посао и слично у другим ситуацијама када је у питању правна сигурност савесних трећих лица (производ: солидарна одговорност лица која нису у том смислу изричито изразила своју сагласност) и њихове вере у регуларност операције извршене од видљивог титулара.

Применом теорије спољњег изгледа (привида) на „друштво као фактичко“ могуће је, дакле, доћи до претпоставке постојања уговора о овом друштву (као и претпоставке својства фактичког члана друштва у „друштву као фактичком“) на основу спољних материјалних елемената: постојање стања удруживања (битан је континуитет, а не епизодно или изоловано и одсуство двосмислености). Ипак, правна интерпретација може бити двојака: да је спољни изглед (привид) сагласан са реалношћу или да спољни изглед (привид) није сагласан са реалношћу (и поред спољње претпоставке постоји слобода доказа чињеница стања удруживања). У сваком случају, по правилу, вера савесног клијента, снабдевача, банкара и слично, на основу спољњег изгледа (привида) да се ради о члану неког друштва има неспорну (по правилу и непобитну) доказну вредност (олакшање терета доказа за савесна трећа лица – на пример, постојање заједничког закупа два закупца и извршење идентичне делатности под истим заштитним знаком).

реално функционисало или се претпоставља да је постојало – залог правичности који води заштити индивидуалних права, залог сигурности савесних трећих лица – солидарна одговорност и залог сигурности његових чланова – учешће у подели ликвидационог вишка: на пример, кад два ванбрачна партнера стекну непокретност на име једног од њих или расподела дивиденде код заједничког подухвата из заједничког улога и слично). Вид. *Ibid.*, 111–116.

52 Упор. *Ibid.*, 298–304.

53 „У стварном животу није ретко да је неко лице у очима свих титулар неког права, неког стања или неког овлашћења, док у стварности оно то није. Ако то лице учини неки правни акт са трећим лицем (савесним) тај акт мора бити одржан уместо да логички буде ништав.“ *Ibid.*, 306.

Позитивно одређење „друштва као фактичког“, супротно негаторском одређењу, сугерише признање реалитета овог друштва применом теорије привида (спољњег изгледа). Ипак, стављање знака једнакости између овог друштва непризнатог правом и других форми друштава признатих правом пати од правне недоследности (немогућност потпуне примене општег правног режима привредних друштава на ово друштво). Чини се отуда праву примереније тражење „трећег пута“, попут у праву присутног (ауторитет римског права),⁵⁴ иако спорног, класификовања правних послова на уговоре, деликте и квази уговоре (правно неосновано обогашење, обављање туђих послова без овлашћења – *negotiorum gestio*, случајна заједница, обавезе из туторства и облигације настале из легата *per damnationem*) и квази деликте. Прихватањем ове класификације, која има своје заступнике (као и опоненте) могуће је смештање овог друштва у категорију „квази друштва“, односно уговора о овом друштву у категорију „квази уговора“.⁵⁵ Наиме, нема спора да ово друштво не настаје на уговорној основи (уговор о оснивању друштва као конститутивни акт), већ настаје на основу факата: *кохабиџација фикције и реалности* која креира одређене правне чињенице. На овој основи, наиме, могуће је успостављање хипотезе о постојању својеврсне правне везе у ситуацијама на које указује спољни привид иако нема уговорне сагласности воља са правним дејством које је слично оном које настаје на неспорно уговорној основи (привид постојања уговора о друштву – „квази уговор о друштву“ – нема активне али има пасивне воље и привид постојања друштва према трећима – „квази друштво“ или „квази друштво као фактичко“).

V Ликвидација „друштва као фактичког“

Примена општег правног режима ликвидације привредног друштва типа правног лица неспојива је на ликвидацију „друштва као фактичког“ због изостанка својства правног лица. „Друштво као фактичко“ је наиме својеврсна империја факата, а не империја права и оно функционише као својеврсни *инструмент правичности* (појам који је тежак за дефинисање, како рече један аутор, али који се осећа и види), те се отуда ради о потреби тражења фактичког основа ликвидације. Уместо ликвидације овог друштва (термина и института који је неодговарајући и неприменљив на ово друштво) субјект процедуре ликвидације могу бити појединачни чланови овог друштва, уз тенденцију увођења

54 Драгомир Стојчевић, *Римско приватно право*, Београд, 1985, 302–306; Жика Бујуклић, *Римско приватно право*, Београд, 2013, 425–430.

55 Упор. S. Vaccate, 327–330.

заједничке ликвидације за све чланове. У основи, по правилу се уместо „ликвидације“ овог друштва прибегава различитим атипичним процедурама наплате поверилаца овог друштва: потребан је доказ постојања друштва (на пример, код ванбрачне заједнице време трајања, заједница живота и становања, стабилност везе и постојање заједничке имовине и управљања), као и утврђење понашања члана према саговорницима да би се извршило „регулисање рачуна“ између чланова.⁵⁶

VI Закључне опсервације

„Друштво као фактичко“ излазећи изван оквира законског фокуса и тиме и општег и посебног режима друштава (привредних и грађанских), препознато као такво у упоредној судској пракси (нарочито француској) и правној теорији, присутно, без сумње, и у нашем правном животу (углавном пословном) тражи већу пажњу и српске правне мисли (теоријске и судске). Овај рад мотивисан је управо том потребом и тим захтевом. Низ је, наиме, животних правних ситуација које се могу подвести под институт „друштва као фактичког“, а које се неоправдано интерпретирају с позивом на неке друге правне институте (углавном именоване), а богатство права омогућује више инвентивности и управо призива шире коришћење свог арсенала.

Појам права, наиме, далеко је шири од самог појма позитивног права (оно што важеће право са свим својим изворима прописује и уређује), што посебно доказује и правни феномен „правичности“, који управо и стоји у самој позадини института „друштво као фактичко“. Правичност је посебна правна вредност, којој и закони и кодификације поклањају „дужну пажњу“. Правичност помаже индивидуализацији случаја омогућавајући судији да се више „удуби“ у чињенично стање, чиме је у стварној могућности да нађе ближе тачке спајања нормативног и фактичког. Правичност је важан инструмент „морализовања позитивног

56 У француској судској пракси тријумфује критеријум учешћа у заједничкој економској активности – судови истражују истинску вољу партнера да се уједине – трагови постојања *affectio societatis*. Стицање непокретности која је искључиво намењена за становање партнера не може водити карактеризацији друштва као фактичког због изостанка лукративног циља, али стицање непокретности која има изглед заједничког економског подухвата (на пример, ванбрачни партнери узму заједнички зајам ради изградње те непокретности и заједнички га враћају) може водити правном третману овог подухвата „друштвом као фактичким“. Најзад, у француској судској пракси и у случају брака код постојања одвојених имовина, према брачном уговору, у сваком конкретном случају (*in concreto*) на захтев поверилаца једног од супружника суд може прибећи примени режима „друштва као фактичког“, утврђујући ефективно учешће тог супружника у делатности другог супружника. Вид. S. Vacrata, 205–233.

права“ на основу идеје еквиваленције престаација⁵⁷ (у том смислу и институт „друштво као фактичко“ доприноси отклањању неоснованог обogaћења једне имовине на рачун друге).⁵⁸ Иако правичност води извесној правној несигурности, неспорно је да „неправичност може компромитовати право и више и дубље него и сама несигурност.“⁵⁹

Идеја и вредност правичности, дакле, доприноси животу „друштва као фактичког“ у ситуацији кад је неспорно да се општи режим друштава (како оснивања, тако и функционисања и ликвидације) не може као такав применити на ово друштво (осим ако ово друштво не регуларизује свој статус у складу с општим режимом друштава) због изостанка постојања оснивачког уговора и упитног постојања *affectio societatis* и поред флексибилног поимања овог института. Иако нема концепцијског појма овог друштва (нема адекватне дефиниције и правног режима) оно постоји у функционалном смислу (живот му даје судска пракса). Отуда се ово друштво креће између својеврсне фикције и реалности. Наиме, у складу с *теоријом сивољнег изгледа (irivida)* може се доћи до претпоставке постојања оснивачког уговора и тиме и постојања овог друштва и својства чланова овог друштва. Теорија привиде дакле стоји у основи објашњења правне природе овог друштва и постојања његових конститутивних елемената, чиме ово друштво постаје својеврсни „квази уговор“ и „квази друштво“ с утемељењем у идеји и вредности правичности у функцији морализације права.

Коришћена литература

Антић Оливер, *Облигационо право*, Београд, 2007. (Antić Oliver, *Obligaciono pravo*, Beograd, 2007)

Austin Robert P., Ramsay Ian M., *Ford's Principles of Corporations Law*, Chatswood, 2007.

Barbić Jakša, Gorenc Vilim, Parać Zoran, Petrović Siniša, Porobija Boris, Vukmir Branko, *Vodič za čitanje Zakona o trgovačkim društvima*, Zagreb, 1997.

Birds John *et al.*, *Company Law*, London, 1995.

57 Више вид. Мирко Васиљевић, *Право, правда и иривреда*, Београд, 2009, 53–57.

58 Истина, правичност као правна вредност предмет је бројних критика, посебно да води претераном субјективизму у одлучивању судије, те се чине напори да се она објективизира, али „дефинисана правичност не би више била правичност“. Божић С. Марковић, „Правичност и правни поредак“, *Преображаји идеје права* (ур. Данило Баста), Хрестоматија, Београд, 1991, 280.

59 *Ibid.*, 271–273.

- Бујуклић Жика, *Римско приватно право*, Београд, 2013. (Bujuklić Žika, *Rimsko privatno pravo*, Beograd, 2013)
- Васиљевић Мирко, *Компанијско право – право привредних друштва*, Београд, 2019. (Vasiljević Mirko, *Компанијско право – право привредних друштava*, Beograd, 2019)
- Васиљевић Мирко, *Право, правда и привреда*, Београд, 2009. (Vasiljević Mirko, *Pravo, pravda i privreda*, Beograd, 2009)
- Gower Laurence C. B., *Principles of Modern Company Law*, London, 1992.
- Guyon Yves, *Droit des affaires*, Paris, 2003.
- Ivamy Hardy E. R., *Company Law*, London, 1978.
- Јевремовић Петровић Татјана, „Ништавост оснивачког акта у српском праву“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2017. (Jevremović Petrović Tatjana, „Ništavost osnivačkog akta u srpskom pravu“, *Pravo i privreda*, br. 4–6/2017)
- Juglart Michel D., Ippolito Benjamin, Dupichot Jacques, *Les sociétés commerciales*, Paris, 1999.
- Le Cannu Paul, Dondero Bruno, *Droit des sociétés*, Paris, 2012.
- Марковић Божидар С., „Правичност и правни поредак“, *Преображају идеје права* (ур. Данило Баста), Хрестоматија, Београд, 1991. (Marković Božidar S., „Pravičnost i pravni poredak“, *Preobražaji ideje prava* (ur. Danilo Basta), Hrestomatija, Beograd, 1991)
- Meister Burkhardt, Heidenhain Martin, Rosengarten Joachim, *The German Limited Liability Company*, Frankfurt am Main, 2010.
- Merle Philippe, Fauchon Alain, *Droit commercial – sociétés commerciales*, Paris, 2001.
- Перовић Слободан, *Облигационо право*, Београд, 1980. (Perović Slobodan, *Obligaciono pravo*, Beograd, 1980)
- Pennington Robert, *Company Law*, London, 1995.
- Rodière René, *Droit commercial*, Paris, 1980.
- Ruedin Robert, *Droit des sociétés*, Berne, 1999.
- Стојчевић Драгомир, *Римско приватно право*, Београд, 1985. (Stojčević Dragomir, *Rimsko privatno pravo*, Beograd, 1985)
- Tchotourian Ivan, *Vers une définition de l'affectio societatis lors de la constitution d'une société*, Paris, 2011.
- Tunc André, *Le droit américain des sociétés anonymes*, Paris, 1985.
- Vacrate Sabine, *La société créée de fait, essai de théorisation*, Paris, 2003.
- Wild Charles, Weinstein Stuart (eds.), *Smith & D. Keenan's Company Law*, London, 2005.
- Farrar John H., *Company Law*, London – Edinburgh, 1988.

Hamel Josphe, Lagarde Gaston, Jauffret Alfred, *Droit commercial*, Paris, 1980.
Hamilton Robert, *The Law of Corporations*, Minnesota, 1991.
Charlesworth John (ed. Geoffrey Morse), *Company Law*, London, 1995.
Cozian Maurice, Viandier Alain, Deboissy Florence, *Droit des sociétés*, Paris, 1998.

Mirko VASILJEVIĆ, PhD

Professor (retired) at the University of Belgrade Faculty of Law, Serbia

COMPANY WITHOUT ACT OF INCORPORATION – “DE FACTO COMPANY”

Summary

The general theory of companies based on specialized laws governing them is based on their naming and classification according to related characteristics (named companies). All companies have prescribed general constitutive (essential) elements which are common to them, the lack of which would entail invalid company, but each individual company, depending on the type, has some special elements which are added to the general ones with identical legal effect.

In the context of the existence of the concept of legally named types of companies, the question arises of the possibility of the existence of “de facto company” as a kind of unnamed company. Although this company does not exist in the conceptual sense (the legislator does not recognize it), it exists in the functional sense, and it is recognized as such by comparative case law. In the Serbian legal practice (civil and commercial), this company also exists in this sense, but Serbian case law still does not recognize it. In our opinion, recognizing the existence of this company in a number of factual situations of association of legal and/or natural persons, and on that basis the appropriate application of the regime of companies (mainly partnerships) to this company, would raise legal security threshold and improve the position of creditors of this company, its members, on the basis of the institute of fairness and thus moralizing the law.

Key words: “De Facto Company”. – Constitutive Elements. – Fairness. – Case Law. – Differentiating from Factual Company. – Moralizing the Law.

Датум пријема рада: 1. 3. 2022.

Датум прихватања рада: 22. 3. 2022.