

Др Небојша ЈОВАНОВИЋ*

ТРЕБА ЛИ У СРБИЈИ ПРАВНО УРЕДИТИ ПРОМОТЕРЕ?***

Резиме

Писац у раду истражује правила о промотерима у common law системима, као лицима која раде посао оснивања привредних друштава. Он објашњава њихов појам, историјске разлоге њиховог настанка и правног уређивања, њихов однос према основаном друштву и његовим члановима, те однос према трећим лицима у пословима ради оснивања друштва. У раду се разматрају и решења упоредног права у питању оснивања привредног друштва, те њихове одговорности трећим лицима за дугове које су створили ради оснивања друштва. Писац на крају закључује да би у Србији ваљало правно уредити промотере, јер су се у пракси јавили њихови зачеци, при чему предлаже најбоље начине да се то учини.

Кључне речи: промотер, оснивач, оснивање привредног друштва

І Увод

У Србији су се у скорије време јавили случајеви оснивања привредних друштава, које су њихови власници након успешног почетка и развоја замишљеног подухвата, продали по вишој цени него што је износ који су уложили (нпр. Делта банка, Макси самопослуге, Чипс...). Јавио се чак случај у којем су поједина лица, укључујући и чланове „младог“ постојећег нејавног акционарског друштва, организовала јавну емисију акција, претварајући га у јавно акционарско друштво (нпр. једно друштво за ветропаркове). Случај јавне емисије био је правно успешан, јер је издавалац поставио низак праг успеха емисије у јавној понуди за продају акција. Економски гледано, међутим, био је прилично неуспешан, јер је

* редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

*** Рад се објављује као прилог пројекту „Идентитетски преображај Србије“ Правног факултета Универзитета у Београду.

улагачима на тржишту продао врло мали број понуђених акција, а трошкови емисије су му били вишеструко већи него да је узео зајам од банке у истом износу. Разлог неуспеха је вероватно и тај што је издавалац одредио вишеструко већу емисиону цену акција од њихове номиналне вредности, те су их улагачи оценили као прескупе, имајући у виду користи које могу да добију и ризик којем се излажу њиховом куповином. Осим тога, разлог неуспеха је вероватно и велико неповерење домаћих малих улагача у систем тржишта акција у Србији. Оно је узроковано низом сплетки и масовних „поткрадања“ малих акционара у многим приватизованим друштвеним предузећима, које су учинили велики акционари на јавном тржишту Србије, како би их што јефтиније по себе претворили у нејавна (затворена) акционарска друштва. Најзад, јавио се и један случај врло успешне јавне емисије обвезница, чији је издавалац била домаћа банка са страним капиталом, јер је све понуђене обвезнице распродала по траженој цени. Разлог успеха емисије је у томе што ју је добро припремила уз помоћ професионалних трговаца хартијама.

Ови случајеви, у ствари, указују на то да су у Србији почели да се јављају послови које одавно у Уједињеном Краљевству (даље у тексту: УК) и другим *common law* земљама раде лица названа промотери. Лица која су их у Србији обављала вероватно нису ни била свесна да су такви њихови послови јасно правно уређени у *common law* системима, како би се пружила заштита улагачима од могућих злоупотреба.

II Појам промотера

Промотер је лице које учествује у послу оснивања компаније (друштва капитала) или у послу сакупљања капитала од улагача за постојећу компанију ради остваривања замишљеног привредног подухвата (пројекта), настојећи да из тога извуче за себе имовинску корист. Имовинска корист може да се оствари на различите начине, као што је, рецимо, стицање удела у основном капиталу компаније, наплата награде за рад по оснивању компаније, заузимање руководећег положаја у њој (нпр. директорског) или препродаја удела или целе компаније другом лицу.¹

1 Stephen Mayson, Christopher Ryan, *Mayson, French & Ryan on Company Law*, Oxford University Press, Oxford, 2016, 548, 549; Stephen Girvin, Sandra Frisby, Alastair Hudson, *Charlesworth's Company Law*, Sweet & Maxwell, London, 2010, 103, 104; Denis Keenan, Josephine Bisacre, *Smith and Keenan's Company Law*, Pearson, Harlow, 2005, 48; Paul Davies, *Gower and Davies Principles*

Посао оснивања компаније и сакупљања капитала за њу може да обавља један или више промотера. Да би неко лице било промотер не мора да учествује у свим радњама у пословима оснивања компаније и сакупљања капитала, већ је довољно да предузима само неке од њих у намери да за себе оствари имовинску корист („да обрне капитал“). Њиме се сматра и лице које не предузима радње у послу оснивања компаније, већ само унесе улог у њу (нпр. купи акције), ако очекује да од оснивања стекне имовинску корист (нпр. да препрода акције убрзо по оснивању по вишој цени). Промотером се, међутим, не сматра лице које промотер упосли како би му помогло у промовисању компаније (нпр. саветима или на други начин), ако оно у оснивању не обрће свој капитал (нпр. купи акције ради препродаје). Због тога то није адвокат који саставља оснивачки акт и обавља друге правне радње за промотера у оснивању компаније или рачуновођа који му даје савете у финансијском пословању.

Промотер може да буде свако лице (физичко или правно), ако је способно за уговарање.² У неким земљама и лице неспособно за уговарање, као што је малолетник или умоболник, може да буде промотер, ако се са тим сагласи његов законски заступник.³ Он може да буде лаик („аматер“), који оснива компанију својим средствима како би путем ње обављао испланирани привредни подухват. На пример, то може да буде узгајивач воћа, обућар или проналазач, који оснива компанију да би у њу уложио постојећу имовину у свом дотадашњем пословању (нпр. земљу, радњу или проналазак), како би га путем ње наставио и проширио, сакупљајући улоге и од других лица која су вољна да у њему учествују. Он, међутим, може да буде и професионалац, као лице које се *бави* пословама промовисања компанија, иако за то не мора да буде регистровано.⁴

of Modern Company Law, Sweet & Maxwell, London, 2003, 90-91; David Twomey, Marianne Moody Jennings, *Anderson's Business Law*, South-Western, Mason, 2011, 1038; John Musa Alewo Agbonika, "The Rising Profile of a Promoter in the Life of a Company: The Nigerian View Point", *Journal of Law, Policy and Globalization*, 27/2014, 111.

2 *Напомена* – *Common law* систем не познаје једностране правне послове, већ само уговоре, као двостране послове. Због тога нема ни појам пословне способности, као што га има српско право, те има само појам способности за уговарање. Вид. Небојша Јовановић, *Увод у common law уговорно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2015, 34, 54.

3 Dong-joon Chung, "The Promoter: A Thorny Problem", *The Korean Journal of Comparative Law*, no. 3/1975, 53.

4 Girvin, Frisby, Hudson, 103, 104; P. Davies, 48.

Континентална права, укључујући и српско, немају појам промотера, те се у њима често поистовећује са оснивачем друштва.⁵ Он је, међутим, шири појам, јер може да оснује компанију, али да не буде њен оснивач. Тада је оснива за другог, као оснивача (једног или више), при чему не потписује њен оснивачки акт. Ако и буде оснивач, па и њен директор, обично то својство задржава привремено, те из компаније излази кад је устали (оснажи) и довољно развије подухват због којег ју је основао.⁶ Промотер се не бави само оснивањем компанија, већ и привлачењем других лица која би сама или са њим уложила у подухват нове или постојеће компаније (нпр. купила јој акције или обвезнице у емисији и тиме сакупила неопходну имовину). Најзад, промотер се бави само оснивањем друштва капитала (нпр. акционарско друштво), те сакупљањем капитала за њих, али то не ради за друштва лица, док оснивачи постоје и у друштвима лица, као што је ортачко или командитно.

III Судске дефиниције

Енглеско право никад није дало јасну дефиницију промотера из страха да не буде свеобухватна, јер би се тиме омогућило да неко лице избегне обавезе промотера (нпр. оданост компанији) и успе у каквој злоупотреби.⁷ Важећи закони немају дефиницију, а највише се спомиње дефиниција судије Кокбурна (*Cockburn*) дата у спору *Twycross v Grant* из 1877. године.⁸

У том спору је неколико промотера најпре успело да добије концесију за изградњу трамвајског система у некој страниј земљи, те је потом основало компанију на коју су пренели право на обављање уговореног посла градње. Осим тога, пре њеног оснивања један од промотера је исплатио позамашну накнаду Гранту, такође промотеру, због тога што је успео да прибави концесију. Потом су обавили јавну емисију акција да би сакупили капитал за компанију, али у понуди и проспекту за продају акција нису навели два уговора која су закључили пре њеног оснивања. Први се односио на добијање концесије, а други на накнаду исплаћену Гранту. Твајкрос је у емисији купио изванредан број акција, за које се

5 D. Chung, 53.

6 Mayson, Ryan, 549.

7 Joseph Gross, "Who is a Company Promoter", *Chitty's Law Journal*, no. 5/1972, 185-186.

8 (1877) 2 CPD 469. Доступно на адреси: <https://swarb.co.uk/twycross-v-grant-1877/>, 17.03.2019.

касније показало да су безвредне, јер је компанија пропала. Због тога је тужио Гранта и остале промотере, како би од њих повратио уложени новац. Тврдио је да су туженици у проспекту преварно изоставили податке о споменутих уговорима, јер не би купио акције да је за њих знао. Порота је установила да су спорни уговори морали да буду споменути у проспекту, како би се купцима омогућило да ваљано оцене исплативост и ризичност куповине акција. Суд је усвојио тужбени захтев, те је обавезао тужене да тужиоцу врате куповну цену.

Судија Кокбурн је закључио да је промотер „између осталог, онај који се прихвати оснивања компаније и отпочињања њеног пословања ради остваривања неког пројекта, при чему предузме нужне кораке ради постизања задатог циља“. Из тога се закључује да није довољно да неко лице само намерава да оснује компанију ради остваривања замишљеног подухвата (циља), да би се прогласило за промотера. Нужно је и да предузме радње ради остваривања своје намере.⁹ Он мора да има битан утицај на оснивање компаније („контролу“), а обично и једно време након почетка њеног рада. Због тога одређивање појма промотера зависи од датих околности у сваком поједином случају, те се истиче да је то фактичко, а не правно питање. Каже се и да је промотер „пословни“, а не правни појам, те да га је немогуће правом одредити.¹⁰

У праву САД се појам промотера заснива на тумачењу Закона о вредносницама (*Securities Act*) из 1933. год. Тако је суд у спору *Whaley Bridge Calico Printing Co. v. Green & Smith*, закључио да промотер „укључује: 1) свако лице које само или са једним или више других лица... покреће отпочињање и организовање посла или предузећа неког издаваоца; 2) свако лице које у вези са отпочињањем и организовањем посла или предузећа издаваоца... прими накнаду у услугама или имовини... од најмање 10% прихода остварених продајом било које класе вредносница“ (дефиницију скратио аутор).¹¹

IV Историја

У 19. веку није било ограничења рекламирања (јавног нуђења) продаје акција улагачима на тржишту, тако да је оно било допуштено већ

9 J. Gross, 187, 189, 190.

10 Mayson, Ryan, 548; Keenan, Bisacre, 48; P. Davies, 91; D. Chung, 52; J. Gross, 190.

11 D. Chung, 52.

у оснивању компанија (тзв. оснивачке јавне емисије) или непосредно после тога у емисији нове компаније. То је омогућило појединим промотерима да злоупотребе оглашавање и лаковерност улагача. Злоупотребе су вршене обично на један од два начина.¹²

Први начин се састојао у томе што је промотер продавао компанији своје дотадашње пословање по вишој цени него што му је била стварна вредност (нпр. обућарска радионица са опремом, запосленима и муштеријама). Цену је компанији наплаћивао или у новцу који је сакупила уложима других улагача, или „у натури“, односно у потпуно отплаћеним акцијама које му је издавала. Ако би добио акције, могао је да их препрода, под условом да успе да подстакне тражњу за њима на тржишту, чиме је остваривао добит (маржу) у висини вишка препродајне цене акција у односу на стварну вредност имовине коју је продао компанији. Ако би компанија успешно пословала, могао је и да задржи акције, у ком случају је наплаћивао дивиденде у већој сразмери него што би имао право да свој натурални улог није преценио. Ако би била неуспешна, у стечају није одговарао за њене дугове, чиме је себи ограничавао ризик у послу промоције. Већина промотера је бирала да накнаду од компаније добије „мешовито“ – делом у новцу, а делом у потпуно отплаћеним акцијама. Данас захтева да вредност натуралног улога у друштво капитала процени независни проценитељ, чиме се избегава ризик да га промотер злонамерно прецени.

Други начин се састојао у томе што се промотер обавезивао да компанији прибави материјално добро које је битно за њену делатност, као што је, рецимо, земљиште, право на вађење руде или патент. При томе би јој прикрио да и он лично учествује у целом послу, како би остварио добит. Промотер је добит остваривао или тако што би од трећег лица прво лично купио добро које је потом по вишој цени препродавао компанији, или тако што би треће лице непосредно компанији продало своје добро, а потом би му као провизију исплатило уговорени постотак продајне цене. Ако промотер не би сам имао довољно новца да купи материјално добро, организовао би са другим улагачима групу за куповину (тзв. синдикат).

12 Mayson, Ryan, 547, 548; Keenan, Bisacre, 48, 49; D. Chung, 72-81.

Због оваквих злоупотреба промотера, улагачи су се добрим делом 20. века уздржавали од куповине акција у новим компанијама, које нису дуже пословале нити су имале пословни углед у јавности. Томе је допринело и одбијање берзи да приме у котацију акције компанија које нису успешно пословале бар неколико година (нпр. три). Услед тога су младе компаније са ваљаним подухватима биле принуђене да их развијају узимањем зајмова од банака по високим каматама, што им је кочило развој. Тиме је битно смањен значај промотера, поготово оних професионалних. Данас се компаније углавном оснивају као нејавне (затворене), да би се касније претвориле у јавне, кад им затреба већи капитал да би исфинансирале свој успешан подухват. Због потребе за свежим капиталом младе компаније су почеле да јавно емитују своје акције на ванберзанском тржишту, где их купују улагачи спремни да ризикују. Тиме је улога промотера почела да се повећава, јер таквим компанијама помажу да заинтересују улагаче за њихове акције.

Имајући лоша искуства са промотерима, *common law* земље су регулисале њихове послове строгим прописима, како би спречиле раније злоупотребе. Насупрот томе, у другим земљама у којим није било великих злоупотреба, улагачи са добрим пословним замислима се у јавности радо прихватају, те су њихови прописи према њима благодоклони.¹³

IV Послови промотера

Ако неко лице нема само довољно капитала да оствари своју пословну замисао, има две могућности. Прва је да затражи зајам од банке, али му га она неће дати ако не може да јој пружи ваљано обезбеђење њеног потраживања за враћање новца. Тада му остаје друга могућност, а то је да затражи улагање од других лица заинтересованих за његову пословну идеју. Пословни човек може да потражи друге улагаче приватно, по личним познанствима и распитивањем, што је ограничена могућност, јер не може лако и брзо да рашири своју замисао великом броју лица. Он, међутим, може и да објави своју замисао у новинама или другим гласилима (нпр. интернет, радио или ТВ), позивајући велики број лица да учествују у њеном остварењу својим улозима, односно купови-

13 D. Chung, 53, 55.

ном акција или других хартија које им буде понудио. Тада потпада под право тржишта вредносница (серијских вредносних папира).¹⁴

Имајући у виду објашњене могућности, закључује се да је главни задатак промотера да своју пословну замисао (план, пројекат) спроведе у дело у пракси. У том циљу може или мора да обави разне послове. Најпре мора да осмисли идеју (план), што значи да одреди циљ (делатност), да израчуна потребан капитал и организацију делатности (нпр. путем компаније и њених огранака). Затим мора да обави претходне преговоре и припреме за сакупљање капитала, поготово да надене име компанији, те да јој нађе место седишта и пословања. Надаље треба да изради оснивачки акт (лично или путем правника), да придобије друге улагаче ако нема довољно свог капитала, да одреди будућег директора (што је често он лично), да закључи уговоре са трећим лицима у име будуће компаније како би „прорадила“ што пре након оснивања (нпр. са снабдевачима и купцима, са запосленима, са банкама ради уплате новчаних улога...), те да је најзад региструје и за њу отвори рачун код банке. Након регистрације често је потребно да „ухода“ пословање компаније како би оно било што успешније, због чега у њој задржава одговарајући удео, као и што учествује у њеној управи. И након оснивања и успешног почетка рада компаније, може да се јави потреба за промотером. То је најчешће случај кад компанији затреба свеж капитал, јер он тада често организује његово сакупљање. Обично тада образује групу трговаца хартијама, који треба да јој организују емисију акција или обвезница. Са њима закључује уговоре у име компаније, којим се распоређују улоге између њих у јавној емисији (нпр. преузималац емисије, препродавац, заступник, улагач...), организује израду проспекта за емисију, а по потреби прибавља и дозволу за емисију од надзорних органа државе.¹⁵

V Однос према друштву

1. Оданост

Однос између промотера и компаније, било да је постојећа или будућа (у оснивању), заснива се на његовој обавези да јој буде одан (*fidu-*

14 Thomas Goodwin, “Blue Sky Law – West Virginia Securities Laws and the Promoter”, *West Virginia Law Review*, 11/1970, 12.

15 J. Agbonika, 111; Girvin, Frisby, Hudson, 103; Mayson, Ryan, 103; Keenan, Bisacre, 48, 49; Jeffrey Beatty, Susan Samuelson, Patricia Abril, *Business Law*, Cengage, Boston, 2016, 853.

ciary duty). То значи да мора своје личне интересе да подређује њеним интересима у пословима које обавља за њу. Он се сматра њеним повереником (*trustee*), те не сме да сукобљава свој лични интерес са њеним интересом у пословима које обавља за њу. Због тога нарочито не сме на њену штету да заради скривену добит, иако компанија обично не постоји у часу кад почне да је промовише (нпр. да ради на њеном оснивању). То не значи да не сме уопште да ишта заради у послу промовисања компаније, већ да не сме да стекне зараду без њеног знања и одобрења. Због тога је обавезан да обелодани лични интерес у послу који обавља за њу, као што је уступање имовине коју је за њу набавио (нпр. по којој цени је набавио неку ствар и по којој јој продаје). То чини подношењем посебног извештаја независном одбору директора након њеног оснивања, или постојећим односно могућим будућим улагачима (нпр. у проспекту за јавну емисију акција). Независан одбор директора је онај којег чине лица која нису заинтересована за промотеров посао, јер у њему нису уговорници, нити треба да остваре из њега имовинску корист за себе или себи блиска лица (тзв. повезана лица).

Промотеру је тешко да ваљано испуни дужност обелодањивања у приватној (нејавној) компанији, као што су друштва с ограниченом одговорношћу. Он је у њој обично први директор, било да је то сам или са другим промотерима, а често је главни члан, јер има владајући удео у њеном капиталу, те, у ствари, сам себе извештава („кадија те тужи, кадија ти суди“). Због тога се у праву УК сматра да је довољно да тада обелодани свој лични интерес (нпр. добит) целом одбору директора односно свим члановима компаније, нарочито кад су сви или већина директора заинтересована за посао у питању. Облик у којем се испољава његов лични интерес у послу промоције није правно значајан, јер она може да буде маржа коју остварује у препродаји имовине компанији, провизија коју јој наплаћује за свој посао или комбинација оба облика. Ако му незаинтересовани директори одобре посао већином гласова, онда је он пуноважан. Ако су сви или већина директора приватне компаније заинтересовани за посао, потребно је да га одобре једногласно сви њени чланови.

Додатна заштита компаније од промотерове скривене добити се остварује проценом његовог новчаног улога у њу. Наиме, ако промотер уноси у компанију *натурални улог* у року од две године од почетка њеног рада, онда независни проценитељ мора да га *процени*. У извештају који се подно-

си мора да буде наглашено да је вредност улога промотера већа или бар једнака накнади коју је компанија дала за њега промотеру (нпр. збиру вредности акција које му је издала), јер не сме да буде мања. Тај извештај мора да се поднесе регистру (*Company House*) у року од 15 дана по усвајању у компанији, а овај је обавезан да то објави. Обавеза процене не постоји кад промотер продаје имовину компанији у њеном уобичајеном пословању, као ни кад му је платила накнаду мању од 10% свог основног капитала.

Правила о оданости промотера су императивна, те своју дужност и одговорност за њену повреду не може да искључи или ублажи клаузулом у оснивачком акту или другом уговору са компанијом или њеним члановима.¹⁶

2. Награда и трошкови

Промотер нема право на награду (провизију) од компаније за свој рад на њеном оснивању, ма колико да га је поштено и добро обавио. Разлог је тај што она још не постоји у време оснивања, а са непостојећим правним субјектом не може да се закључи пуноважан уговор којим би му се наметнуле обавезе после његовог настанка. Из истог разлога промотер нема право ни на накнаду трошкова које је учинио пре оснивања компаније, а у циљу њеног оснивања (нпр. за израду оснивачког акта, таксе за регистрацију...). Ништавна је и одредба у оснивачком акту, којом би се компанија обавезала да након оснивања исплати награду и накнаду трошкова промотеру. Пуноважно је једино да компанија након свог оснивања закључи са њим уговор којим се обавезује да му исплати награду и накнаду трошкова. Такав уговор мора да буде закључен у посебној писменој форми (тзв. *deed*), јер у је *common law*-у забрањено да се уговорник обавезе на накнаду за радњу коју је сауговорник већ извршио пре његовог закључења, пошто је то противно учењу о противчинидби (*consideration*). Она, међутим, није обавезна да закључи такав уговор након оснивања. У пракси ретко настају спорови у овом питању, јер промотер обично постаје члан управе основане компаније. Осим тога, њени члано-

16 Mayson, Ryan, 549-551; 549-552; Girvin, Frisby, Hudson, 104; Keenan, Bisacre, 49, 52, 53; P. Davies, 91-94.

ви из моралних обзира пристају да му компанија исплати награду и накнаду трошкова кад је посао обавио поштено.¹⁷

3. Заштита

Компанија и њени чланови уживају заштиту у случају да промотер на њену штету оствари скривену зараду повредом дужности оданости. Она има право да поништи (*recession*) уговор по основу којег је промотер остварио скривену зараду. У том случају сваки уговорник враћа сауговорнику корист коју је од њега примио по основу поништеног уговора. На пример, ако је поништен уговор којим је промотер компанији продао неку ствар, ова му је враћа, а он њој враћа новац. Компанија, међутим, може и да задржи стечену имовину, у ком случају не тражи поништај уговора, већ само да јој промотер врати вишак цене коју му је платила преко стварне вредности. Ако је поништен уговор по којем му је она платила неку награду за посао њеног оснивања, промотер је обавезан да јој је врати, јер у фази оснивања не може да се закључи уговор са компанијом која још не постоји. Компанија у сваком случају има право и на накнаду штете, ако докаже да ју је претрпела. Најзад, кад она неће да тражи заштиту (нпр. због тога што јој је промотер главни акционар и директор), њен члан има право да тражи заштиту (нпр. поништај или повраћај вишка цене) у своје име, а за рачун компаније (директор).¹⁸

Типичан пример успешне заштите компаније због скривене добити промотера је спор *Glukstein v Barnes*.¹⁹ Национална пољопривредна Хол компанија (*National Agricultural Hall Company*; даље у тексту: Хол) била је власник забавног парка „Олимпијска компанија“ (*Olympia Company*). Хол је 1892. године престао у стечају. Он је имао дуг од 110.000 фунти. Део дуга од 100.000 фунти био је садржан у заложним обвезницама (*debentures*), које су имаоцу давале лебдећу залогу на целој његовој имовини (*floating charge*), док је остатак дуга од 10.000 фунти био обезбеђен хипотеком на земљишту и зградама забавног парка. Холова имовина је морала да се у стечају прода, како би се намирили његови повериоци.

17 Girvin, Frisby, Hudson, 106; Keenan, Bisacre, 53; P. Davies, 97-99; D. Chung, 72-74; Н. Јовановић, 35-37, 61.

18 Mayson, Ryan, 552; Girvin, Frisby, Hudson, 104, 105; Keenan, Bisacre, 50-52; P. Davies, 94-97.

19 [1900] AC 240. Вид. Harry Rajak, *A Sourcebook of Company Law*, Bristol, 1989, 176-182; Keenan, Bisacre, 49.

Знајући за то, четири предузетника (Гукстејн, Лионс, Харт и Хартли) удружили су се у инвестициону групу (*syndicate*), како би у стечају купили забавни парк, а потом га препродали по вишој цени. Они су у стечају купили заложне обвезнице и хипотекарно потраживање од Холових поверилаца по цени која је због стечаја била нижа него што је била вредност оптерећених непокретности. Тиме су постали власници забавног парка, уштедевши 20.000 фунти.

Након тога су основали нову компанију и себе поставили за њене директоре. У капитал су јој унели свој забавни парк, при чему су га проценили на 140.000 фунти, иако су га платили само 120.000. Парк су унели у имовину компаније по основу уговора о продаји који су са њом закључили 6.02.1893. године. Компанија им је платила цену доделом потпуно отплаћених акција номиналне вредности од 140.000 фунти. Предузетници су потом дали улагачима на тржишту јавну понуду за продају својих акција у компанији. У проспекту за јавну понуду нису приказали уштеду од 20.000 фунти као своју добит, већ као ставку „привремена улагања“ (*interim investments*). У истом проспекту су приказали да нуде на продају акције у укупној номиналној вредности од 180.000 фунти, а да су забавни парк купили за 140.000 фунти. Тиме су улагаче довели у заблуду да је њихова добит 40.000 фунти, иако је она стварно износила 60.000.

Промотери су 29.03.1893. године продали све акције, задржавши за себе 171.000 фунти у новцу и 9.000 фунти у потпуно отплаћеним акцијама. Уједно су задржали заложне обвезнице, чиме су остали повериоци компаније. И ова компанија је пала у стечај после неколико година, а за ликвидатора (стечајног управника) је постављен Барнс. Он је открио превару, те је одбио да призна Глукстејну право првенственог намирења тражбине из стечајне масе по основу заложних обвезница, чији је издавалац била компанија, а тиме и дужник. Да би му признао тражбину, тражио је да компанији врати 20.000 фунти скривене добити. Због тога га је Глукстејн тужио. Првостепени суд му је усвојио захтев, али му га је другостепени суд одбио, сматрајући га за преваранта. Уједно је обавезао сва четири промотера да солидарно врате скривену добит компанији у стечају.

Овим преседаном је суд успоставио три правила о скривеној добити промотера. Прво, добит коју промотер стиче оснивањем компаније мора јасно да прикаже у извештају независним члановима компаније. Подвођење под нејасне ставке, као што су „привремена улагања“, није

правно ваљано. Друго, кад су промотери уједно чланови одбора директора компаније коју оснивају, извештај о њиховој добити мора да се упути осталим члановима компаније, а не одбору директора, јер он није орган који је од њих независан. Треће, у случају кад постоји више промотера исте компаније, сви су солидарно одговорни за враћање скривене добити коју су јој присвојили при оснивању.

Улагачи уживају и кривичноправну уз имовинскоправну заштиту. Ако промотер буде осуђен за кривично дело у вези са промоцијом, суд му може изрећи забрану да буде директор, ликвидатор, стечајни управник или да на други начин учествује у управљању компанијама у трајању до 15 година.²⁰

VI Однос према трећим лицима

1. Упоредно право

Промотер често закључује уговоре са трећим лицима у име компаније коју оснива, иако она тада још не постоји. Неки од тих послова су нужни за оснивање, а неки служе да она почне да ради одмах по оснивању. Тако, он може да уговори куповину непокретности или неке опреме са њеним власником, која је потребна за делатност компаније (нпр. земљишта или машине), да упосли адвоката ради обављања правничких послова у оснивању (нпр. састављање оснивачког акта и регистрација друштва), да отвори рачун код банке ради уплате новчаних улога оснивача или да закључи уговор о запослењу важних људи у будућој компанији (нпр. директора, руководиоца производње...). Овакви уговори се зову предрегистрациони уговори (*pre-incorporation contracts*), а спорна је њихова обавезност за компанију након њеног оснивања. Разлог овог правног проблема је, у ствари, економски, а то је сукоб интереса две групе поверилаца. Прва су они чије су тражбине настале пре оснивања компаније на основу предрегистрационих уговора. Њима одговара да им по оснивању компаније одговарају не само оснивачи, већ и компанија, јер тиме добијају још једног дужника. Друга група су повериоци чије су тражбине настале према компанији након њеног оснивања. Њима не одговара конкуренција поверилаца из фазе оснивања компаније, те им је инте-

20 Girvin, Frisby, Hydson, 106.

рес да она одговара само њима након свог оснивања, а не и повериоцима оснивача за дугове пре оснивања.²¹

У упоредном праву се овај проблем решава углавном на два начина. Први је немачки, а други енглески. Оба начина су усклађена са правом Европске уније у овом питању. Оно предвиђа да за предрегистрационе обавезе друштва солидарно и неограничено одговарају лица чијим радњама су настале (нпр. из уговора или деликта), а то значи оснивачи или промотери.²²

Немачки начин се састоји у правној фикцији преддруштва. Фикција се састоји у томе што се сматра да оснивачи чине друштво на основу уговора о оснивању, и то привремено односно до оснивања трговачког друштва. Оснивачи се сматрају ортацима, како у међусобним односима, тако и у односу на трећа лица. Због тога су солидарни дужници и повериоци према трећим лицима у предрегистрационим уговорима до оснивања друштва. Њихова одговорност за обавезе преддруштва је, међутим, ограничена до вредности њихових улога у оснивачком уговору, осим кад немају намеру да оснују друштво, јер тада одговарају неограничено као преваранти. Ако оно не буде основано, права и обавезе из таквих уговора се испуњавају између оснивача, с једне стране, и трећих лица, с друге, као уговорних страна. У часу оснивања, а то је регистрација друштва, права и обавезе оснивача из предрегистрационих уговора *по сили закона прелазе* на друштво, чиме их се оснивачи ослобађају (законска персонална суброгација). Тиме престаје да постоји преддруштво.²³

Систем преддруштва прихвата и Француска, мада се оно тамо изричито не спомиње. Тамо се права и обавезе из правних послова које су оснивачи закључили са трећим лицима *пре* уговора о оснивању друштва, а у његово име, преносе са њих на друштво само ако их оно по оснивању прихвати. За промену дужника у тим односима нужна је и сагласност трећег лица, као повериоца. Ако је нема, друштво по оснивању прихватањем послова само приступа дуговима својих оснивача према

21 Мирјана Радовић, „Појам уговора у име будућег друштва“, *Право и привреда*, бр. 4-6/2014, 149-155; Драго Дивљак, „Привредно друштво у оснивању и одговорност у правном промету“, *Правни живот*, бр. 11/1996, 27, 28; Mayson, Ryan, 636.

22 Упутство ЕЗ бр. 101/2009 о усклађивању мера о заштити интереса чланова и трећих лица, чл. 8.

23 Јакша Барбић, *Право друштвава – Опћи дио*, Организатор, Загреб, 2008, 175-200; М. Радовић, 165; Д. Дивљак, 30-31.

трећим лицима, чиме постаје солидарни дужник. Ако су оснивачи правне послове са трећим лицима закључили *после* уговора о оснивању друштва, онда су они солидарни повериоци и дужници у тим односима до оснивања друштва. Након тога се по сили закона права и обавезе из таквих послова преносе на друштво, без потребе да их оно прихвати (одобри).²⁴

Енглески начин решавања проблема обавезности предрегистрационих уговора за друштво сличан је немачком, али се разликује по начину на који компанија може да преузме обавезе од промотера након свог оснивања. Пошто компанија у време закључења ових уговора не постоји, једини носилац права и обавеза у односу са трећим лицима је промотер. То значи да је он дужник и поверилац у односима са трећим лицима у овим уговорима, а не компанија. Ако има више промотера, они су солидарно одговорни за испуњење обавеза из сваког уговора који је било ко од њих закључио са трећим лицем. Значи, након оснивања компанија нема обавезе у предрегистрационим уговорима које је промотер закључио са трећим лицима, али нема ни права. Због тога трећа лица не могу да је туже за испуњење обавеза, али ни она не може њих да тужи.

У праву УК компанија чак нема право ни да по оснивању одобри предрегистрационе уговоре, те да на тај начин преузме на себе права и обавезе промотера према трећим лицима, или бар да им приступи, као додатни дужник или поверилац. Пренос права и обавеза са промотера на њу допуштен је једино ако треће лице пристане на то посебним уговором који закључује са компанијом после њеног оснивања са истом садржином у којој га је закључило са промотером пре оснивања. У правима осталих *common law* земаља (нпр. САД, Канада, Аустралија...), међутим, допуштено је компанији да по оснивању приступи обавезама оснивача накнадним одобрењем предрегистрационих уговора, о чему мора да обавести трећа лица. Тиме она постаје солидарни дужник са промотером према трећим лицима, јер он не може да је ослободи обавезе из предрегистрационог уговора без сагласности свог повериоца. У суштини, једина битна разлика енглеског у односу на немачки систем је у томе што у енглеском систему *нема законске персоналне суброгације* компаније у

24 Phillippe Merle, Anne Fauchon, *Sociétés commerciales*, Dalloz, Paris, 2016, 114-119; Paul Didieer, Phillippe Didier, *Les sociétés commerciales*, Economica, Paris, 2011, 402-414. Супротно вид. Д. Дивљак, 35, 36. И Јужна Кореја прихвата систем преддруштва. Вид. D. Chng, 55-57.

часу оснивања на место промотера у предрегистрационим уговорима. То је могуће само на основу уговора који она по оснивању закључи са трећим лицем, што је случај у УК (уговорна суброгација). У осталим *common law* земљама је довољна њена једнострана изјава воље трећем лицу (накнадно одобрење уговора) да приступи дугу промотера, односно сагласност трећег лица да га ослободи дуга преносом на компанију.²⁵

Енглески начин решавања проблема обавезности предрегистрационих уговора уочљив је у преседану у САД у спору *Clinton Investors Co. v Watkins*.²⁶ Корпорација „Клинтон улагачи“, као закуподавац, уговорила је издавање својих просторија у закуп на три године корпорацији „Центар учења Клифтон парк“. Уговор о закупу са закуподавцем је закључио Берна Ваткинс, који се представио као закупчев благајник. Пре него што је закуп почео, Ваткинс је 31. маја 1984. године потписао додатак уговора о закупу, при чему је себе означио као благајника, а као уговорника је означио споменутог закупца. У то време, међутим, купац још није био регистрован као корпорација, већ је регистру био предат само захтев за резервацију његовог пословног имена. Ваткинс је погрешно схватио да је тим захтевом корпорација регистрована. Купац је поднео захтев за регистрацију тек 11. фебруара 1985. године, иако је пре тога ушао у закупљене просторије, опремио их, отпочео делатност под резервисаним пословним именом, те платио закупнину и остале трошкове издавањем чекова. Он је годину дана касније, тачније марта 1986, дуговао закуподавцу закупнину у износу од 18.103 \$. Закуподавац је тужио закупца и Ваткинса ради наплате своје тражбине. Ваткинс се бранио да је уговор о закупу закључио са тужиоцем у име закупца, као корпорације, те да није лично одговоран. Тврдио је, осим тога, да је тужена корпорација по свом оснивању прихватила обавезе из уговора о закупу, те да га је тиме ослободила дуга. Суд је обавезао да туженици солидарно плате дуг тужиоцу, сматрајући Ваткинса за промотера. Корпорацијино прихватање предрегистрационог уговора га не ослобађа обавезе, јер се поверилац није са тим сагласио.

25 Mayson, Ryan, 636-638; Keenan, Bisacre, 53-58; P. Davies, 98-102; Beatty, Samuelson, Abril, 853; Roger LeRoy Miller, Frank B. Cross, *Business Law*, South-Western, Mason, 2013, 702; Jacobs Ziegel, "Promoter's Liability and Preincorporation Contracts: Westcom Radio Group Ltd. v. Macisac", *Canada Business Law Journal*, no. 16/1990, 341; Eddie Flores, "The Case for Eliminating Promoter Liability on Preincorporation Agreements", *Arizona Law Review*, no. 32/1990, 406-408.

26 536 NYS2d 270 (App Div 1989); доступно на адреси: <https://casetext.com/case/clinton-investors-company-v-watkins>, 20.03.2019. Вид. Twomey, Jennings, 1039.

2. Српско право

Српско компанијско право не уређује промотера, нити уређује одговорност за обавезе које оснивачи преузму у име привредног друштва пре његовог оснивања, јер Закон о привредним друштвима нема о томе правила.²⁷ Значи, оно не прихвата ни немачки ни енглески систем решавања проблема обавезности предрегистрационих уговора за основано друштво. Ова правна празнина нашег права може се попунити на један од два начина. Први је примена општих правила облигационог права, а други је примена правила о ортаклуку.

По општим правилима облигационог права, за обавезе из предрегистрационих уговора трећем лицу, саговорник, а тиме уједно дужник и поверилац, искључиво је оснивач, и кад га закључи у име будућег друштва. Због тога треће лице и после оснивања друштва може само од њега да захтева испуњење обавезе коју је преузео у његово име пре оснивања. Друштво које након свог оснивања одобри предрегистрациони уговор оснивача приступа дугу свог оснивача. Тиме не ослобађа дуга оснивача, већ постаје солидарни дужник са њим у односу са трећим лицем. За престанак дуга оснивача, а тиме и његов пренос на основано друштво, нужна је сагласност трећег лица, као повериоца, јер је реч о промени дужника.²⁸ Кад друштво оснива више оснивача од којих сваки закључи по неки предрегистрациони уговор, онда сваки оснивач самостално одговара саговорнику за преузете обавезе из „свог“ уговора, јер нема по закону њихове солидарне одговорности. У томе је разлика овог начина испуњавања празнине нашег права у односу на енглески систем, у којем више промотера исте компаније солидарно одговара по сваком предрегистрационом уговору који је било ко од њих закључио са трећим лицима. Овај начин испуњавања празнине нашег права није у складу са правом ЕУ у овом питању, јер се њиме предвиђа неограничена солидарна одговорност оснивача.

Правила уговора о ортаклуку примењива су само кад има више оснивача. Тада се може сматрати да је уговор о оснивању, у ствари, уговор о ортаклуку, а да су они ортаци који раде на послу оснивања привредног друштва. Ортаклук је у Србији данас уређен Српским грађанским законом из 1844. године (скр. СГЗ) на основу Закона о неважности правних

27 Закон о привредним друштвима – ЗПД, *Службени гласник РС*, бр. 36/2011..., 95/2018.

28 Закон о облигационим односима (*Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78,..., *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003), чл. 88, 446, 451.

прописа донетих пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације (чл. 2. и 4).²⁹ Ортаци за дугове ортачке заједнице у пословима са трећим лицима одговарају неограничено и подељено.³⁰ Значи, оснивач одговара трећем лицу за обавезе из предрегистрационог уговора неограничено целом својом имовином, али подељено. Подељена одговорност значи да сваки оснивач, као ортак, учествује у укупном дугу трећем лицу, као повериоцу, само сразмерно свом уделу у капиталу ортаклука (нпр. ортак има 1/5 удела; дуг је 10.000 динара; удео ортака у дугу је 2.000 динара). Треће лице може одмах да намирује своју доспелу тражбину од једног или више оснивача, јер њихова одговорност за дугове ортаклука није супсидијерна. Значи, оно не мора најпре да покуша намирење из ортачке имовине, па ако не успе, да се намирује из приватне имовине оснивача. Ортачка заједница нема својство правног лица, те треће лице не може да је тужи ради намирења тражбине из уговора који је закључило са неким од оснивача. Ова правила о ортаклуку су примењива на обавезе који оснивачи привредног друштва створе за друштво након закључења уговора о оснивању док га региструју. Друштво након свог оснивања може да одобри предрегистрационе уговоре изјавом коју даје трећем лицу, чиме приступа правима и обавезама својих оснивача, које су настале пре његовог оснивања. Овај начин испуњавања празнине нашег компанијског права је више, иако не сасвим, у складу са правом ЕУ. Разлог недовољне усклађености је тај што се правом ЕУ намеће неограничена солидарна одговорност оснивача за обавезе преузете у име друштва у фази његовог оснивања, док се СГЗ-ом одређује њихова подељена одговорност.

VII Закључак

У Србији су могуће злоупотребе оснивача друштва на штету компаније коју оснивају и трећих лица, те је питање коју им заштиту пружа наше право. Српско право има, као и *common law*, забрану пријема акција у берзу нове компаније до треће године након њеног оснивања, као и процену неновчаног улога. Процену, међутим, могу да врше сами оснивачи, а независно стручно лице је обавезно врши само кад се улог уноси у јавно акци-

29 Службени лист ФНРЈ, бр. 86/1946 и 105/1947. Слично Д. Дивљак, 32, 33.

30 СГЗ, пар. 750.

онарско друштво.³¹ Наше право штити и осниваче у односу на основано друштво, јер друштву намеће обавезу да им накнади трошкове које су сносили ради његовог оснивања, под условом да је то предвиђено оснивачким актом.³² Српско право, међутим, не пружа никакву заштиту привредном друштву и трећим лицима у виду дужности оданости оснивача, нити њихове солидарне одговорности за обавезе које преузму у његово име пре него што га оснују, као што то чини *common law* систем. Због тога би било добро да се у наше компанијско право унесу две допуне.

Прво, међу лица која имају посебне дужности према привредном друштву у члану 61. Закона о привредним друштвима треба да се уброје и њихови оснивачи, и то за обавезе које су преузели у име друштва пре његовог оснивања. На тај начин би им се наметнуле дужности оданости, избегавања сукоба интереса и рада у интересу будућег друштва већ у фази његовог оснивања, чиме би се појачано заштитили остали чланови друштва који нису оснивачи. Пошто нас енглеско искуство учи да лица која раде на пословима оснивања друштва не морају да постану и његови чланови (оснивачи), ваљало би да се и она дефинишу као посебни носиоци („обвезници“) посебних дужности према друштву поред оснивача и чланова друштва. Друго, ваљало би да се у Закону у привредним друштвима уреди одговорност оснивача за обавезе које преузму у његово име пре него што га оснују. Тиме би се трећа лица из предрегистрационих уговора боље правно заштитила него што је то данас случај. Ту би требало да се прихвати или немачки, или енглески систем уређивања овог питања. До тада би правна празнина у Закону о привредним друштвима требало да се попуњава правилима о ортаклуку из СГЗ-а.

31 Закон о тржишту капитала, *Службени гласник РС*, бр. 31/2011..., 108/2016, чл. 121; ЗПД, чл. 50, 51 и 58.

32 ЗПД, чл. 16. Вид. М. Радовић, 169-173.

Ph.D. Nebojša JOVANOVIĆ

Full-time professor at the Faculty of Law, University of Belgrade

**IS THERE A NEED FOR LEGAL REGULATION
OF PROMOTERS IN SERBIA***

Summary

In this paper the author explores rules on promoters within the common law systems, as the persons who do the job of founding the company and raising her capital. He explains their notion, historical causes of their appearance and legal regulation, their relationship with the founded company and its members, as well as their relationships with the third parties within the job of founding the company. The paper presents also solutions in comparative law relating the founders of the company and their liability toward third parties for the debts they made in order to create the company. In the end, the author concludes that it should be useful for Serbia to regulate the promoters, because there are their beginnings in practice. He also proposes the best ways of that regulation.

Key words: promoter, founder, foundation of companies.

* This paper is published as the author's contribution to the project "Identity Transformation of Serbia" of the Faculty of Law in the University of Belgrade.