

Др Тајјана Јевремовић Петровић\*

## НИШТАВОСТ ОСНИВАЊА ПРИВРЕДНОГ ДРУШТВА: УПОРЕДНОПРАВНА ТЕОРИЈА И ПРАВО ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

*Аутор се у раду бави проблемима ништавости оснивања привредног друштва. У први план су истакнути разлози постојања посебног режима ништавости оснивања у упоредноправној теорији и постојећи рестриктивни режим који је предвиђен у праву Европске уније. Осим тога, анализирани су теоријски концепти ништавости у односу на појмове ништавости друштва, ништавости оснивања друштва, ништавости правног основа (оснивачког акта) и ништавости регистрације или уписа привредног друштва. Указано је на постојеће недоумице и проблеме у практичној примени могућих решења. Нарочито је наглашено да ништавост мора да буде крајње средство заштите интереса заинтересованих лица, ради чега је нужно унапређење постојећег система контроле (оснивања) привредних друштава.*

Кључне речи: *Ништавост. – Оснивачки акт. – Оснивање. – Регистрација. – Контрола.*

### 1. УВОД

Ништавост у компанијском праву разликује се значајно од општег режима ништавости у грађанском праву услед појачане потребе заштите сигурности у правном промету.<sup>1</sup> Тај концепт је нарочито важан у вези са оснивањем друштва. Заснива се на интересу учесника

\* Ауторка је ванредна професорка Правног факултета Универзитета у Београду, [tajjana.jp@ius.bg.ac.rs](mailto:tajjana.jp@ius.bg.ac.rs)

<sup>1</sup> Вид. у српском праву нпр. чл. 6, 13, 14, 33 Закона о привредним друштвима – ЗОПД, *Службени гласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014, 5/2015. Примере вид. и у немачком праву код Karsten Schmidt, „Fehlerhafte Verschmelzung und allgemeines Verbandsrecht: Eine Analyse nach geltendem und kommendem Recht“, *ZGR* 3/1991, 379.

у правном промету да друштво које постоји и послује не може једног тренутка да „нестане“, што би се десило када би се на њега доследно примењивао концепт ништавости.<sup>2</sup> Тиме би „...*концепт ништавости примењен на привредна друштва (био) нека врста правне опсене. Сад га видиш – сад га не видиш!*“<sup>3</sup> Стога се компанијскоправна заштита нарочито односи на *постојеће фактичко стање и сигурност и поверење у правном промету*, којом се штите интереси трећих лица, тачније, оних који су у правном односу са привредним друштвом које обавља одређене привредне активности.<sup>4</sup>

Посебна заштита тих интереса применом специфичног концепта ништавости компанијског права иде руку под руку са системом регистрације и објављивања података о привредним субјектима, тачније са начелима јавности и поуздања у регистроване и објављене податке. Отуда у тој сфери постоји и изражена потреба да једно фактичко стање буде прихваћено као правно, чак и у случају када за настанак правног односа – привредног друштва (субјекта права) нису испуњени сви услови.<sup>5</sup> Стога чак и тада привредно друштво настаје и постоји не само фактички већ и правно. Уосталом, овде и није реч о типичном правном послу ни о класичном уговору, већ о настанку субјекта права – привредног друштва. Само оснивање друштва „даје живот правном лицу... (те би) његов поништај значио његову осуду на смрт“.<sup>6</sup>

Ипак, иако врло изражена, заштита поверења и сигурности у правном промету није у питању оснивања друштва (као ни у већини других питања) апсолутна, већ релативна, што значи да у појединим случајевима ипак трпи одступања у оквиру врло ограниченог, али ипак могућег режима ништавости оснивања и регистрације друштва.<sup>7</sup> У тим случајевима није само (па чак ни претежно) реч о правној

О особеном режиму ништавости у односу на одлуке скупштине вид. нпр. Jakša Barbić, *Pravo društava, Knjiga druga: Društva kapitala*, Organizator, Zagreb 2007<sup>4</sup>, 813.

<sup>2</sup> Robert Drury, „Nullity of Companies“, *European Company Laws: A Comparative Approach* (eds. R. Drury, P. Xuereb), Dartmouth, Aldershot – Brookfield USA – Hong Kong – Singapore – Sydney 1991, 247.

<sup>3</sup> R. Drury (1991), 247.

<sup>4</sup> Такве аргументе у немачког теорији вид. код Karsten Schmidt, „Fehlerhafte Gesellschaft und allgemeines Verbandsrecht: Grundlagen und Grenzen eines verbandrechtlichen Instituts“, *Archiv für die civilistische Praxis* 5/1986, 425; Marian Paschke, „Die fehlerhafte Korporation: Zwischen korporationsrechtlicher Tradition und europarechtlicher Rechtsentwicklung“, *ZHR* 155/1991, 3.

<sup>5</sup> Uwe Hüffer, *Aktiengesetz*, Verlag C.H.Beck, München 2008<sup>8</sup>, 1379–1380.

<sup>6</sup> Maurice Cozian, Alain Viandier, Florence Deboissy, *Droit des sociétés*, Lexis Nexis Litec, Paris 2009<sup>22</sup>, 69.

<sup>7</sup> Нека друга питања, попут ограничења овлашћења заступника или статусних промена, имају сличан режим, који у појединим правним системима иде и

доследности, већ је у првом реду реч о правнополитичној процени – опортуности да се установи ништавост (оснивања) друштва када то неизоставно захтевају угрожени интереси и када су они заиста озбиљни.

Имајући у виду изузетну правнополитичку осетљивост питања ништавости оснивања друштва, циљ аутора овог рада је да укаже на основна теоријска схватања која се односе на то питање и на режим ништавости који је предвиђен у упоредном, домаћем и праву ЕУ. Циљ таквог изучавања лежи у разумевању тог важнег института који се често примењује у српској пракси. Ипак, узимајући у обзир комплексност питања, на овом месту биће превасходно речи о теоријском оквиру ништавости (оснивања) друштва.<sup>8</sup>

## 2. ПОЈАМ НИШТАВОГ (ОСНИВАЊА) ДРУШТВА

Појам ништавости најчешће се приликом оснивања друштва везује за неколико појмова. Тако се говори о *ништавости друштва* као субјекту права и о *ништавости оснивања друштва* као скупу услова под којима настаје субјект права. Такође је могуће говорити и о *ништавости оснивачког акта* који представља правни основ за настанак друштва. Најзад, могуће је и да поступак који има конститутивно дејство на стицање субјективитета привредног друштва буде са недостацима, када се говори о *ништавости регистрације* (односно уписа). Ништавост такође може да се односи и на појединачне изјаве воље које (заједно) воде настанку друштва, с тим што и оне саме могу да буду у сфери компанијског права – када вољу изјављује правно лице, те у том случају у обзир долази и могућност ништавости таквих изјава (на пример, одлуке скупштине).

У сваком случају, ништавост представља санкцију у случају да је правно лице – привредни субјект настао а да за то нису били

---

до апсолутне заштите постојећег стања. Вид. Marian Paschke, „Die fehlerhafte Korporation: Zwischen korporationsrechtlicher Tradition und europarechtlicher Rechtsentwicklung“, *ZHR* 155/1991, 6. Више о специфичностима ништавости регистрације статусне промене вид. Тајјана Јевремовић Петровић, „Ништавост статусне промене након регистрације“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2016, 79 и даље.

<sup>8</sup> Стога овај рад представља само део истраживања о ништавости друштва, те су резултати у односу на ништавост оснивачког акта у српском праву објављени у раду Тајјане Јевремовић Петровић, „Ништавост оснивачког акта у српском праву“, *Право и привреда* 4–6/2017, 71–94; док је део истраживања који се односи на ништавост регистрације оснивања у српском праву, под насловом „Nullity of Companies’ Registration in Serbian Law Under the Influence of European Legal Systems“, прихваћен за објављивање у зборнику радова *Право и транзиција* (ур. Б. Милсављевић, Т. Јевремовић Петровић, М. Живковић), у издању Правног факултета Универзитета у Београду, које се очекује у току 2017. године. Тај рад представља теоријску основу за поменута два рада.

испуњени сви услови. Будући да су ти услови бројни, материјални и формални, у сфери грађанског, али и управног – јавног права, да су у већем делу у императивном, али су и у диспозитивном режиму, јасно је због чега постоји више различитих појмова и да није једноставно концепцијски одредити у односу на који од њих се поставља питање ништавости.

Проблем је још комплекснији узимајући у обзир правни режим који је у великом броју правних система данас предвиђен када постоје наведени недостаци. Наиме, основна идеја компанијског права је да се ништавост у што је могуће већем броју случајева избегне. То се постиже врло рестриктивним режимом ништавости у погледу разлога због којих се може истицати, ограниченим временом у коме се то чини, уз узак круг лица која су овлашћена да иницирају преиспитивање ваљаности оснивања. Но, најзначајније одступање у случају да су испуњени услови за ништавост представљају последице које тада наступају.

Узимајући у обзир све те недоумице, прво ће бити размотрено да ли се уопште може говорити о ништавости друштва, а затим које друге могућности у погледу ништавости приликом оснивања друштва постоје, да би након тога било речи о правном режиму за опредељени концепт ништавости.

### 2.1. Ништавост у правом смислу речи (непостојеће или фактичко друштво)

Ништавост друштва, гледана очима класичног цивилисте, подразумева да за настанак друштва нису испуњени основни услови, па стога такав правни посао не испуњава елементарне услове да настане и буде пуноважан.<sup>9</sup> Он ствара привид правног посла и не може да произведе правно дејство.<sup>10</sup> Стога би у том случају једино исправно било сматрати да друштво заправо није ни настало.

Такав концепт су познавала старија права која су садржала појам привида друштва, односно непостојећег друштва (*Schein-*

<sup>9</sup> Ништавост друштва такође подразумева и могућност да се разлози за ништавост појаве не само иницијално – у тренутку настанка друштва, већ и касније – током његовог трајања. Иако ваљано настало, друштво може неког тренутка да изгуби све нужне елементе за своје постојање. Основни разлози који воде ништавости друштва односе се на суштинске елементе нужне за његов настанак, те стога њихов изостанак редовно покреће питање апсолутне ништавости. Најчешће за постојање друштва нису релевантни разлози који воде релативној ништавости.

<sup>10</sup> О општим правилима неважности у грађанском праву вид. нарочито Слободан Перовић, *Облигационо право*, Службени лист СФРЈ, Београд 1981<sup>5</sup>, 447 и даље; Владимир Водинелић, *Грађанско право: Увод у грађанско право и Општи део грађанског права*, Правни факултет Универзитета Унион, Службени гласник, Београд 2012, 456 и даље.

*gesellschaft*).<sup>11</sup> Касније теоријске концепције, суочене са чињеницом да друштво ипак постоји (барем неко време), иако са недостацима, стављају акценат на тзв. фактичко друштво (*société de fait, faktische Gesellschaft, de facto corporation*).<sup>12</sup> Последице примене концепта непостојећег, па и фактичког друштва најчешће су подразумевале примену класичних правила уговорног права у случају ништавости, укључујући и дејство *ex tunc*. Положај трећих лица био је изразито неповољан, будући да се сматрало да друштво није ни настало, те су у погледу намирања својих потраживања та лица имала непривилегован положај поверилаца чланова друштва.<sup>13</sup> Узимајући у обзир неприхватљивост таквог решења, у таквим ситуацијама најчешће се говорило о фикцији постојања друштва, пре свега у односу на трећа савесна лица.<sup>14</sup>

Чињеница предузимања правних послова у правном промету и заснивање различитих интерних односа условили су да данас буде прихваћен концепт постојања или, прецизније речено, признања друштва са недостацима.<sup>15</sup> Дакле, превасходно због успостављених чланских, статусних односа није могуће сматрати да друштво никад није ни постојало, већ се мора прихватити да је оно настало.<sup>16</sup> Правни основ за то неки аутори заснивају и на чињеници да се стицање правног субјективитета везује за тренутак оснивања друштва, што је најчешће државни акт, што доводи до фактичког, али и правног постојања друштва.<sup>17</sup> Стога о концепту ништавог – непостојећег

<sup>11</sup> K. Schmidt (1986), 422–424.

<sup>12</sup> Вид. R. R. Drury, „Nullity of Companies in English Law“, *Modern Law Review* 48/1985, 654. О разликама између фактичког друштва и привада друштва у немачкој теорији вид. K. Schmidt (1986), 422–424. О концептима непостојећег и фактичког друштва у америчкој теорији и пракси вид. Thilo von Bodungen, „The Defective Corporation in American and German Law“, *The American Journal of Comparative Law* 15(12)/1966–1967, 316.

<sup>13</sup> Вид. Hugh Ault, „Harmonization of Company Law In The European Economic Community“, *The Hastings Law Journal* 20/1968, 111.

<sup>14</sup> У погледу концепта фактичког друштва, теорија је сматрала да фактички однос постоји не само у односу на трећа лица, већ и у унутрашњим односима, поредећи их са уговорима са трајним обавезама, у којима није релевантно само тренутно испуњење нечије обавезе – попут уношења улога, већ се ствара трајни лични однос, који, као и код уговора са трајним дејством, подразумева посебне услове за престанак, као што је отказ. Стога је и разумљиво да се многа општа правила грађанског права морају модификовати и у унутрашњим односима у фактичком друштву са циљем „заштите континуитета“ који право узима у обзир у таквим случајевима. Вид. T. von Bodungen, 328.

<sup>15</sup> M. Paschke, 3.

<sup>16</sup> K. Schmidt (1986), 426.

<sup>17</sup> *Ibid.*, 428. Примена концепта друштва са недостацима не важи само за недостатке у погледу оснивања, већ се у старијој немачкој теорији такође сматрала применљивом и на приступање и иступање, као и на искључење чланова (махом оних

друштва у правом смислу речи заправо не може бити речи. О томе не може бити речи ни доцније, када услови за постојање друштва буду испуњени приликом оснивања, али касније нестану, будући да је тада адекватна нека друга санкција, а не ништавост.<sup>18</sup>

Ипак, и даље се често користи термин ништавости друштва да би се најједноставније указало на проблем о коме је реч, који у центар посматрања ставља недостатке који се односе на привредно друштво – субјект права.<sup>19</sup> У том смислу је термин *ништавог друштва* нужно схватити као посебан и ни у ком случају једнак појму ништавости у грађанском праву.

## 2.2. Условна ништавост (друштво са недостацима) – разлози за ништавост који воде (обавезном) престанку друштва

Без обзира на националне разлике, режим ништавости углавном почива на потреби заштите правног промета, у коме се макар из перспективе правних послова са трећим лицима сматра да друштво које приликом настанка има одређене недостатке *правно постоји*.<sup>20</sup> Стога, друштво које је настало, а да за то нису били испуњени сви услови, постоји не само фактички већ и правно. Међутим, недостаци друштва су у тој мери изражени да не могу оправдати даље постојање друштва, чак ни због заштите интереса правне сигурности, те је оправдано да доведу до престанка друштва. Ништавост је стога примењена у „сведеној – умањеној форми“.<sup>21</sup>

друштava у којима је њихова одговорност неограничена), уз недостатке, поштујући притом правила везана за регистроване податке и њихово дејство у односу на трећа лица. Вид. *ibid.*, 435–436. Касније је у судској пракси такав приступ напуштен. Ипак, близак је режиму ништавости одлука скупштине. Вид. М. Paschke, 2, 12–13.

<sup>18</sup> R. Drury (1991), 260.

<sup>19</sup> То, на пример, чини право ЕУ, али и национална права. Примера ради, вид. чл. 12 Директиве о координацији правила земаља чланица која се односе на привредна друштва, неопходим ради једнаке заштите интереса чланова и трећих лица, Directive 2009/101/EC of the European Parliament and of the Council of 16 September 2009 on coordination of safeguards which, for the protection of the interests of members and third parties, are required by Member States of companies within the meaning of the second paragraph of Article 48 of the Treaty, with a view to making such safeguards equivalent (Text with EEA relevance), OJ L 258, 1. октобар 2009. (у даљем тексту цитирана као Директива о ништавости). У том тексту су консолидоване и замењене одредбе Прве директиве компанијског права. О ништавости друштва говори, на пример, и хрватско право. Вид. чл. 384а–384ц и чл. 472а хрватског Закона о трговачким друштвима, *Народне новине* 111/93, 34/99, 121/99, 52/00, 118/03, 107/07, 146/08, 137/09, 125/11, 152/11, 111/12, 68/13, 110/15, <https://www.zakon.hr/z/546/Zakon-o-trgovaca%C4%8Dkim-dru%C5%Altivima>, 4. март 2017.

<sup>20</sup> T. von Bodungen, 317. Стога је и искључена могућност да ништавост истичу повериоци друштва.

<sup>21</sup> Adolf Baumbach, Alfred Hueck, *GmbHG*, Verlag C. H. Beck, München 2013<sup>20</sup>, 2091.

То је основни концепт ништавости који је предвиђен у савременом компанијском праву и заправо је концепцијски уобличен у правном систему ЕУ, а доцније је прихваћен у великом броју националних права. Изричито је предвиђен у швајцарском праву одредбом према којој друштво стиче субјективитет уписом у регистар, *чак и у случају да за то нису испуњени сви услови*.<sup>22</sup> У том случају постоји могућност да, у случају озбиљних недостатака приликом оснивања који угрожавају интерес поверилаца или чланова, суд на основу њиховог захтева спроведе поступак којим друштво престаје да постоји. Стога је и немачко право прецизније назвало такво друштво не ништавим, већ друштвом са недостацима (*fehlerhafte Gesellschaft*), сматрајући да такво значење „даје легитимитет“ друштву које упркос недостацима у оснивању није аутоматски ништаво.<sup>23</sup> Такав теоријски концепт прихваћен је и у српском праву, те се истиче да је ништавост изједначена са престанком друштва, узимајући у обзир ваљаност предузетих радњи и послова друштва.<sup>24</sup>

### 2.3. Ништавост оснивачког акта (уговорни концепт)

Оснивачки акт (уговор или одлука о оснивању) може, као и сваки други правни посао, да има недостатака, иако у специфичном виду који је својствен режиму ништавости аката друштва.<sup>25</sup> Оснивачки акт представља основ за настанак и постојање друштва, те његови недостаци изазивају важне последице које утичу на постојање и ваљаност самог друштва. Често се, стога, између ништавости оснивачког акта и ништавости друштва прави паралела или поставља знак једнакости, будући да друштво не може ваљано да настане нити постоји ако му недостаје правни основ. Стога је ништавост оснивачког акта основ за ништавост друштва.<sup>26</sup>

Међутим, између ништавог оснивачког акта и ништавости друштва нема знака једнакости јер друштво није изједначено са уговором на основу кога настаје нити његова ништавост аутоматски повлачи ништавост друштва. За његов настанак и постојање нуж-

<sup>22</sup> Чл. 643 швајцарског Законика о облигацијама (*Codes des obligations*), <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19110009/index.html>, 5. април 2017.

<sup>23</sup> Чл. 275, ст. 1 немачког Закона о акционарским друштима (*Aktiengesetz*), <https://dejure.org/gesetze/AktG>, 1. фебруар 2017, и чл. 75 немачког Закона о друштвима са ограниченом одговорношћу (*Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*), <http://www.gesetze-im-internet.de/gmbhg>, 1. март 2017. М. Paschke, 4.

<sup>24</sup> Мирко С. Васиљевић, *Компанијско право*, Удружење правника у привреди Републике Србије, Београд 2015<sup>9</sup>, 88.

<sup>25</sup> Вид. К. Schmidt (1986), 426.

<sup>26</sup> Вид. нпр. такву изричиту одредбу у чл. L235–1 француског Трговачког законика (*Code de commerce*), <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006229586&cidTexte=LEGITEXT000005634379>, 1. фебруар 2017.

ни су и други елементи, међу којима се истиче чињеница уписа или регистрације друштва која има конститутивно дејство. Стога и престанак субјективитета захтева одговарајући поступак уписа или регистрације који има једнако конститутивно дејство.

Осим што се у уговорној теорији друштва условљава веза између ништавости оснивачког акта и ништавости друштва, она је последица и околности да у оним правима у којима постоји само један оснивачки акт представља правни основ настанка – регистрације друштва. То, међутим, није случај у оним правима у којима је уговор између чланова праћен још једним актом који служи за регистрацију и настанак друштва, те неважност уговора међу члановима нема директне последице на настанак и постојање друштва.<sup>27</sup>

У контексту ништавости оснивања који почива на оснивачком акту као правном основу, што је концепција континенталних права, укључујући и српско, тешко је концентрисати режим само (или искључиво) око оснивачког акта, будући да, ако постоје, озбиљни недостаци битно угрожавају основне правне принципе у настанку друштва – те је стога и логично да се друштво или оснивање сматрају ништавим (условно према концепту ништавости компанијског права). Стога је у случају постојања разлога ништавости који се односе на правни основ и даље највећа пажња усмерена не на постојање недостатка основа као таквог, већ на чињеницу да постојећи недостатак онемогућава опстанак друштва које се сматра основаним. Примера ради, уколико правном послу недостаје неки битни елемент – такав посао био би ништав у компанијском праву само онда када друштво не може или не сме да опстане без предвиђеног елемента. Стога нису сви битни елементи оснивачког акта истовремено и разлози за његову ништавост према савременој теорији компанијског права. Сходно томе, погрешно је режим ништавости везати само за ништавост оснивачког акта, а не и за ништавост оснивања привредног друштва. Будући да управо то чини српско право, концентришући разлоге за ништавост око оснивачког акта, сматрамо да тиме ставља у други план основну сврху ништавости оснивања и истиче уговорни концепт (настанка) друштва, који иначе није својствен српском праву нити треба да буде изражен у примени института ништавости оснивања.<sup>28</sup>

Најзад, усмерење ка ништавости оснивачког акта занемарује његову најважнију карактеристику – да је осим правног посла он, заправо, на првом месту и претежно организациони акт друштва, губећи готово потпуно везу са уговором оснивача друштва. Оснивање привредног друштва, осим класичног грађанског односа (правног по-

<sup>27</sup> Вид. Т. von Bodungen, 315.

<sup>28</sup> Вид. чл. 13 ЗОПД.

сла), у себи има и значајне *статусне (институционалне) елементе*.<sup>29</sup> Ако одређени односи који се успостављају након закључења оснивачког акта могу да се посматрају као класични грађанскоправни послови, који у случају ништавости у крајњој линији могу да воде повраћају у пређашње стање, то свакако није случај са чланским односом насталим у вези са привредним друштвом.<sup>30</sup> Управо тај однос, осим потребе заштите трећих лица, указује на особеност која у тој материји мора да постоји у случају ништавости привредног друштва као целине, а не правног основа на коме је друштво настало.<sup>31</sup>

#### 2.4. Ништавост регистрације или уписа и ништавост оснивања (формално-институционални концепт)

Иако у великој мери одређени аутономијом воље и правилима грађанског права, друштво и његово оснивање, а у неким формама у значајном обиму и функционисање друштва, прелазе оквир приватног и у великој мери улазе у област јавног права. Између осталог, за настанак и постојање друштва нужна је регистрација или упис друштва, што представља својеврсну „претпоставку грађанскоправног односа“. <sup>32</sup> Конститутивно дејство уписа подразумева претходну контролу испуњености услова настанка друштва, која се у упоредном праву разликује према обиму и надлежности. Организована је или у виду провере свих услова за настанак друштва (материјалних и формалних), када по правилу подразумева упис друштва у одговарајуће регистре, или просту регистрацију која се врши на основу поднете пријаве и докумената које предвиди законодавац. У случају регистрације контрола се, по правилу, своди само на формалне претпоставке оснивања. Такав приступ је усвојен и у српском праву.<sup>33</sup>

Без обзира на који су начин организовани контрола и стицање субјективитета друштва, изостанак неког услова отвара могућност ништавости самог поступка оснивања на основу ништавости упи-

<sup>29</sup> О специфичним статусним – институционалним дејствима оснивачког акта вид. М. Васиљевић, 56–57.

<sup>30</sup> К. Schmidt (1986), 426.

<sup>31</sup> Сличним аргументима објашњава и Пашке основу института „друштва са недостацима“, сматрајући да то није ни одступање од класичних правила грађанског права ни последица примене правила поверења у регистровано стање већ двострука правна природа оснивачког акта као облигационог и организационог акта, на основу кога настаје друштво које своје правно постојање дугује признању на основу закона и представља особени правни институт. Вид. М. Paschke, 5–6.

<sup>32</sup> Вид. Андрија Гамс, Љиљана Ђуровић, *Увод у грађанско право: општи део*, Научна књига, Београд 1981, 49.

<sup>33</sup> Вид. начела регистрације у чл. 3 Закона о поступку регистрације у Агенцији за привредне регистре, *Службени гласник РС*, бр. 99/2011, 83/2014.

са или регистрације оснивања. Зависно од прихваћеног система оснивања, може да се односи на испуњеност свих или само неких (по правилу само формалних) услова. Такође је, у оквиру специфичности режима ништавости оснивања друштва, усмерена само на најважније недостатке или неправилности у настанку друштва.

Имајући у виду све то, опредељење за терминолошко (али и концепцијско) одређење ништавости односи се на *ништавост оснивања*, као најшири али и адекватан појам. Наиме, он обухвата све пропусте приликом настанка друштва, а притом се не ограничава ни на правни основ (оснивачки акт) ни на сам поступак оснивања – регистрације. Он такође искључује могућност накнадне ништавости, указујући на то да се накнадни недостаци морају другачије санкционисати. Најзад, избегава теоријски проблематичан појам ништавости друштва. У том смислу ваља схватити избор и употребу термина ништавости оснивања у овом раду.

### 3. МЕСТО НИШТАВОСТИ У ПРАВНОМ СИСТЕМУ ЕУ

Узимајући у обзир изузетан правнополитички значај ништавости у правном систему, то питање није остало без утицаја права ЕУ, које је поставило изузетно важна општа рестриктивна правила за режим ништавости оснивања, успостављајући на тај начин извесну хармонизацију тог питања у свим земљама чланицама ЕУ. Од значаја је и за српско право, узимајући у обзир да је под утицајем комунитарних правила то питање уређено и код нас.

Престанак друштва услед разлога за ништавост друштва који постоје од оснивања изричито је регулисан правилима (раније Прве) Директиве компанијског права ЕУ.<sup>34</sup> Стога је, за разлику од других разлога и услова за престанак друштва, које је било предложено али не и регулисано на комунитарном нивоу, материја ништавости друштва уређена на самом почетку хармонизације компанијског права ЕУ. Први документ у којем су хармонизована поједина важна питања из области компанијског права обухватио је неколико важних питања у заштити и поверењу трећих лица у правном промету.<sup>35</sup> Стога је садржао општи оквир за регистровање и објављивање

<sup>34</sup> Вид. о општим питањима ништавости у праву ЕУ: Stefan Grundmann, *European Company Law: Organization, Finance and Capital Markets*, Intersentia, Antwerpen – Oxford 2007, 742.

<sup>35</sup> Вид. Директиву о ништавости. Детаљно о њеним одредбама у српској литератури вид. Вук Радовић, „Ништавост, објављивање информација и пословање друштава капитала“, *Компанијско право Европске уније* (ур. М. Васиљевић, В. Радовић, Т. Јевремовић Петровић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2012, 89 и даље.

најзначајнијих података о друштвима и предвидео начело јавности и поуздања у те податке. Посебно је наглашено и уређено питање одговорности за обавезе преузете у име привредног друштва, а међу тим одредбама неколико чланова је посвећено питању ништавости.<sup>36</sup> Материја која је обухваћена том директивом хармонизиована је само у најзначајнијим питањима, стварајући предуслове за правну сигурност на унутрашњем тржишту, док је њихов значајан део и поред тога препуштен регулисању националних права.<sup>37</sup> Већа усаглашеност међусобно различитих права, систем заштите поверења трећих лица на унутрашњем тржишту, али и „потенцијал ништавости да доведе до хаоса“, разлози су интервенције европског законодавца посебно у односу на питање ништавости.<sup>38</sup>

Општи оквир ништавости приликом оснивања друштва у праву ЕУ односи се на разлоге који „...у тренутку оснивања онемогућавају друштву способност да стекне или ужива права, односно испуњава своје обавезе“.<sup>39</sup> Они почивају на основним начелима према којима је важно обезбедити што ефикаснију контролу оснивања, а затим ограничити услове за ништавост. Дакле, поштовање услова нужних за настанак друштва постиже се или озбиљнијом претходном контролом или санкционисањем ништавошћу у случају да најзначајнији услови оснивања нису поштовани. Што је та контрола значајнија приликом оснивања привредног друштва, нарочито када подразумева преиспитивање материјалних услова оснивања, укључујући и механизме за уклањање пропуста, ништавост има мање значаја. Супротно, слабија контрола или она ограничена на испитивање испуњења формалних услова отвара шири простор за ништавост, која у том случају служи као механизам остваривања услова оснивања.<sup>40</sup>

Основно правило које је предвиђено у Директиви о ништавости подстиче *контролу* приликом оснивања друштва, чиме заправо настоји да превентивно отклони разлоге због којих би оснивање могло да буде ништаво. Стога је у компанијском праву ЕУ предвиђена или обавезна превентивна судска или управна контрола поступка оснивања друштва, или обавезна овера пред надлежним органом (бележник или друго овлашћено лице, зависно од националног права) свих оснивачких аката, статута и њихових измена.<sup>41</sup> Иако је регулисање контроле било под јаким утицајем немачког права, које подразумева озбиљну контролу и материјалних и формалних услова

<sup>36</sup> Поглавље 4 у члановима 11–13 Директиве о ништавости.

<sup>37</sup> S. Grundmann, 137.

<sup>38</sup> R. Drury (1991), 247.

<sup>39</sup> S. Grundmann, 137.

<sup>40</sup> R. Drury (1991), 262.

<sup>41</sup> Чл. 11 Директиве о ништавости.

оснивања, слабија контрола је остала могућа и у неким чланицама је била само формалне природе, најчешће услед потребе ефикаснијег оснивања друштва.<sup>42</sup> Дакле, компанијско право ЕУ налаже озбиљну контролу да би избегло санкционисање непоштовања услова за ваљано оснивање друштва путем ништавости и тиме *даје предност контроли* у односу на све друге инструменте заштите интереса заинтересованих лица.

Следећа најзначајнија карактеристика режима ништавости односи се на врло строге услове под којима се она може утврдити, с тим што је таксативним набрајањем услова и режима ништавости успостављен њен *максимални обим*, те није могуће утврдити ништавост у другим случајевима, сем оних предвиђених, нити са другачијим последицама или под других условима.<sup>43</sup> То значи да национални режим може да сузи понуђени оквир и услове ништавости или да је потпуно онемогући, али не сме да установи режим ништавости који би прелазео рестриктивно постављене границе. Важно је, стога, имати на уму тај општи оквир у разумевању појединих правила која се односе на услове и правни режим ништавости (оснивања) друштва. Тај режим има посебан значај у оним правима у којима контрола има мањи значај и отвара шири простор за примену правила о ништавости, као што је то случај са српским правом.

#### 4. ПРАВНИ РЕЖИМ НИШТАВОСТИ ДРУШТВА

Правни режим ништавости оснивања друштва разликује се у многим детаљима у упоредном праву. Ипак, хармонизација права ЕУ успоставила је заједнички оквир за услове и поступак ништавости оснивања, о коме ће бити речи. Правни режим је посебно уређен у односу на специфичне и лимитативне разлоге за ништавост, основна правила о поступку у случају преиспитивања неког од наведених разлога, као и у односу на последице које наступају услед утврђених разлога за престанак друштва.

##### 4.1. Разлози ништавости

Имајући у виду специфичност ништавости и далекосежне последице које може да има, сви разлози ништавости таксативно су наведени и по природи су такви да представљају нужне елементе за

---

<sup>42</sup> О контроли оснивања у француском праву које је махом формалне природе вид. Peter Jung, „Vers une convergence des droits allemand et français des sociétés?“, *Revue internationale de droit comparé* 4/2008, 866.

<sup>43</sup> То је изричито предвиђено чл. 12 Директиве о ништавости, која предвиђа основне услове и режим ништавости.

настанак друштва, без којих оно не може (нема довољно података да би се идентификовало, нема довољно одредаба о члановима и улозима да би се одредили унутрашњи односи, нема капитал...) или не сме да постоји (забрањена делатност).<sup>44</sup> Стога су они „...делом засновани, а делом супротни основним правилима...“ грађанског права.<sup>45</sup> У првобитном предлогу Директиве била су предвиђена, од постојећих шест, само прва два, али су даљи услови накнадно допуњени.<sup>46</sup> При том, идеја лимитираних услова била је истинска хармонизација којом би се ограничили услови ништавости само на оне најважније, а не набрајање постојећих услова према стању у националним правима, од чега се у коначној верзији текста ипак одступило.

Разлози ништавости таксативно су наведени, што је не само уједначено мишљење у теорији, већ и став Суда ЕУ, који је истакао да ништавост друштва није могућа у другим случајевима.<sup>47</sup> Тиме се сви случајеви који би довели до ништавости према општим правилима грађанског права, али не и компанијског права, не могу истицати, већ их је могуће решити коришћењем других правних института.<sup>48</sup> То је разлог да у погледу разлога ништавости немачки аутори нарочито истичу постојање „појачаног принципа јавности“ у компанијском пра-

<sup>44</sup> Вид. чл. 12, ст. 1, тач. б) Директиве о ништавости.

<sup>45</sup> T. von Bodungen, 325.

<sup>46</sup> Вид. чл. 13 оригиналног и измењеног нацрта Прве директиве компанијског права, објављеног у: М. С. Berkhouwer, *Rapport fait au nom de la commission du marché intérieur sur la proposition de la Commission de la Communauté économique européenne au Conseil (doc. 10/1964–1965) relative à une directive tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés au sens de l'article 58, alinéa 2, du traité, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers*, Parlement européen, Documents de séance 1966–1967, Document 53, 9 mai 1966.

<sup>47</sup> Вид. пара. 12 Пресуде у случају *Marleasing v La Comercial Internacional de Alimentación* (C-106/89). Теоријске ставове вид. нпр. код: Vanessa Edwards, *EC Company Law*, Clarendon Press, Oxford 1999, 46; Erik Werlauff, *EU Company Law: Common business law of 28 states*, 2<sup>nd</sup> edition, DJØF Publishing, Copenhagen 2003, 76; R. Drury (1991), 251; Mathias Habersack, *Europäisches Gesellschaftsrecht: Einführung für Studium und Praxis*, Verlag C. H. Beck, München 2006<sup>3</sup>, 100.

<sup>48</sup> Вид. у том смислу: V. Edwards, 49. Тако се, на пример, у немачком праву, према чл. 275 немачког Закона о акционарским друштвима, ништавост омогућује само у случају незаконитог оснивања, када оснивачки акт (статут) акционарског друштва нема одредбе о висини оснивачког капитала или када су изостале или ништаве одредбе о циљу друштва. У случају осталих неправилности оставља се накнадни рок, након чијег протека је могућа ликвидација друштва. Вид. чл. 266 немачког Закона о акционарским друштвима и чл. 399 немачког Закона о поступку у породичним и другим ванпарничним стварима (*Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit – FamFG*), <https://dejure.org/gesetze/FamFG/397.html>, 1. фебруар 2017; као и Welf Müller, Thomas Rödder (Hrsg.) *Beck'sches Handbuch der AG: Gesellschaftsrecht, Steuerrecht, Börsengang*, Verlag C. H. Beck, München 2009<sup>2</sup>, 168–170.

ву.<sup>49</sup> Стога је једна од последица таквог приступа и домаћај одредбе о ништавости, која се односи пре свега на она друштва која постоје у очима трећих лица, онако како је то према стању из регистра, и ради заштите сигурности у правном промету.<sup>50</sup> Ван оквира режима ништавости остају, дакле, они случајеви када друштво није регистровано. Примери таквих ситуација подразумевају не само разне проблеме у вези са друштвом у настанку (попут преддруштва у немачком праву), већ и у оним случајевима у којима трећа лица верују да друштво постоји, иако за то нема основа према правилима о настанку и регистрацији друштва.

Разлози ништавости односе се на организационе елементе друштва без којих оно не може да постоји, уговорне и елементе оснивачког акта и забрањену делатност. Такође је могућа у случају да је изостала контрола оснивања.<sup>51</sup> Ипак, сви лимитативни разлози ништавости не морају да буду нити су прихваћени у свим националним правима.

Та разлика у разлозима ништавости је нарочито пре хармонизације указивала на она различита *питања која се*, према виђењу националног законодавца, *налазе у основи концепта привредног друштва и његове правне природе*.<sup>52</sup> Стога нису сва права познавала пре хармонизације, као ни након ње, све предвиђене разлоге ништавости, а у неким од њих није чак била ни предвиђена могућност ништавости оснивања привредног друштва. Истакнуто је да примена разлога ништавости чудном коинциденцијом расте ка југу ако се национална права посматрају на географској карти: док је врло ретка или чак не постоји на северу, ништавост се значајније користи

<sup>49</sup> K. Schmidt (1991), 378.

<sup>50</sup> Суд ЕУ је изнео мишљење о примени одредаба о ништавости на она друштва за која трећа лица, према стању из регистра, сматрају да постоје. Вид. пар. 14 Пресуде у случају *Ubbink Isolatie BV* (C-136/87), Judgement of the Court of 20 September 1988. Каже се, наиме, да се правила Директиве о ништавости примењују само у случају да трећа лица према правилима о објављивању верују да друштво постоји („... *the rules concerning the nullity of companies laid down in Section III of the First Directive apply only where third parties have been led to believe by information published in accordance with Section I that a company within the meaning of the First Directive exists*“). Вид. и V. Edwards, 47–48.

<sup>51</sup> Према чл. 12, ст. 1, тач. б) Директиве о ништавости разлози ништавости постоје само 1) уколико је изостао оснивачки акт, превентивна контрола оснивања или друге предвиђене формалности; 2) када је предвиђена делатност друштва забрањена или супротна јавном поретку; 3) када оснивачки акт или статут не наводи име друштва, износ појединачних улога, укупан износ уписаног капитала или делатност друштва; 4) у случају повреде одредби о минималном уплаћеном оснивачком капиталу које је предвидело национално право; 5) у случају правне неспособности свих оснивача; 6) када је, супротно одредбама националног права, број оснивача мањи од два.

<sup>52</sup> R. Drury (1991), 247.

на југу Европе, те, на пример, у француском праву подразумева и одређене разлоге у вези са уговорном природом друштва, док се у Италији и Грчкој томе придружују и бројни други разлози.<sup>53</sup> Разлика у националним правима очигледна је, према Друријевом мишљењу, у две равни: према првој равни, у разлозима ништавости, која се везује или за практичне разлоге изостанка императивних услова за оснивање друштва или за разне друге околности које су у највећој мери у вези са уговорном природом друштва; док се према другој равни ништавост разликује у односу на њену комплементарну улогу у поступку контроле поступка оснивања.<sup>54</sup>

#### 4.1.1. Разлози ништавости нужни за постојање друштва

Таксативно наведени разлози ништавости углавном се односе на оне без којих друштво не може ни ваљано да настане, а уколико се то ипак деси, не може ни да постоји у правном промету. Такав смисао дају разлозима ништавости нека национална права, у којима је, попут немачког права, јасна граница између ништавости правних послова у грађанском праву и друштва – које улази у сферу компанијског права.<sup>55</sup>

Ти разлози се пре свега односе на изостанак пословног имена друштва, износ појединачних улога, укупан износ уписаног капитала или делатност друштва у оснивачком акту или статуту друштва. Међутим, иако у том случају оснивачки акт не садржи те елементе, није реч о мањкавостима акта као таквог већ о немогућности идентификације друштва и његових чланова, односно његових суштинских елемената. У случају изостанка наведених одредби неопходно је да се оне уопште не могу, чак ни посредно, наћи у тексту оснивачког акта.<sup>56</sup>

Исто се односи и на случај повреде одредаба о минималном уплаћеном оснивачком капиталу који је предвиђен у националном праву и то је заправо један од елемената на коме су поједина национална права посебно инсистирала приликом настанка друштва. Ипак, овде није реч о неизвршењу обавезе уношења или уплате улога већ о

<sup>53</sup> R. Drury (1991), 248–249.

<sup>54</sup> *Ibid.*, 249.

<sup>55</sup> M. Paschke, 1.

<sup>56</sup> Тако је, на пример, у случају изостанка одредаба о укупном износу уписаног капитала неопходно да се тај износ не може ни посредно одредити (примера ради, у случају када су предвиђени појединачни улози и њихова вредност али не и њихов збир) – дакле у случају потпуног одсуства одредбе којом би могао да се одреди основни капитал друштва. Вид. такво мишљење у немачкој литератури код Holger Fleischer, Wulf Goette (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), Band 3: §§53–85*, C. H. Beck, München 2016<sup>2</sup>, 885.

уговарању супротно одредбама о минималном оснивачком капиталу који је неопходно унети у друштво – будући да се неизвршење презете обавезе санкционише на други начин.<sup>57</sup>

Најзад, ништавост може да се истиче и услед непостојања минималног броја оснивача, када је он мањи од два. Ипак, каснијом хармонизацијом компанијског права ЕУ омогућено је оснивање једночланог друштва у некој форми која оснивачу обезбеђује ограничену одговорност за обавезе друштва.<sup>58</sup> Ипак, одредба важи у вези са оним формама друштава за које се и даље, према одредбама националних права, тражи више оснивача, а доцније и чланова.<sup>59</sup> Ипак, национална права уобичајено тај случај не санкционишу ништавошћу већ накнадним роком у коме друштво може да прими нове чланове, а у супротном обавезном ликвидацијом.<sup>60</sup>

#### 4.1.2. Разлози ништавости у вези са оснивачким актом

Оснивачки акт друштва неспорно представља конститутивни елемент друштва без кога оно не може да настане нити да даље послује. Стога је јасно да је један од разлога ништавости потпуни изостанак оснивачког акта или случај када је он донет у случају правне неспособности свих оснивача. Међутим, и сам оснивачки акт је један од нужних елемената постојања друштва, па се и он у том смислу може подвести под разлоге ништавости нужне за постојање друштва.

Ипак, нека национална права (и даље) инсистирају на уговорној природи друштва, те недостатак одређених битних – конститутивних елемената уговора сматрају ваљаним разлогом за ништавост друштва.<sup>61</sup> Очигледан пример за то су не само неспособност уговорних страна, већ и мане воље. Ипак, чак и такав утицај уговорног концепта настанка друштва постоји у релативном – специфичном контексту, будући да се на оснивачки акт не могу доследно применити правила уговорног права.<sup>62</sup>

<sup>57</sup> Вид. исто и Paul Le Cannu, Bruno Dondero, *Droit des sociétés*, Montchrestien, Lextenso éditions, Paris 2009<sup>3</sup>, 245.

<sup>58</sup> Вид. чл. 2, ст. 2, под б) Директиве компанијског права о једночланим друштвима, Directive 2009/102/EC of the European Parliament and of the Council of 16 September 2009 in the area of company law on single-member private limited liability companies, *OJ L 258*, 1. октобар 2009. (даље у фуснотама цитирана као Директива компанијског права о једночланим друштвима), у којој је консолидован текст раније тзв. Дванаесте директиве компанијског права.

<sup>59</sup> Исто: М. Habersack, 100.

<sup>60</sup> Тако је, између осталог, поступило и српско право. Вид. чл. 546 ЗОПД.

<sup>61</sup> R. Drury (1991), 249.

<sup>62</sup> *Ibid.*, 249.

Типичан пример даје француско право, које у режиму престанка друштва као један од разлога предвиђа и престанак путем обавезне ликвидације због ништавости оснивачког акта. Међутим, и у Грађанском и Трговачком закону предвиђена је примена *посебних правила о ништавости друштва*, као и правила која регулишу *ништавост уговора*, с тим што они код друштава чија је одговорност ограничена не могу наступити услед мана воље или неспособности свих уговорних страна.<sup>63</sup> Дакле, режим ништавости је двострук у мери у којој је регулисан или повредом (императивних) одредаба права која уређују привредна друштва, с тим што је разлог ништавости изричито предвиђен; или произлази из примене одредаба о ништавости уговора (и општих одредаба у вези са уговорима и оних посебних у вези са оснивачким актима), што завређује посебну пажњу. И у самој француској теорији се сматра да уноси несигурност у област ништавости друштава, будући да обухвата традиционалне разлоге ништавости уговора, као што су воља, способност, циљ и кауза уговора.<sup>64</sup> Такође се у обзир узима и превара.<sup>65</sup> Сматраће се да сви други недостаци оснивачког акта који су у супротности са императивним одредбама, а нису изричито предвиђени као разлози ништавости, нису ни предвиђени.<sup>66</sup> Тај традиционални режим ништавости редовно се преиспитује и пореди са рестриктивним режимом правила Директиве о ништавости, будући да значајно прелази њене границе.<sup>67</sup>

#### 4.1.3. Контрола и пропусти у контроли

Један од важних разлога ништавости јесте изостанак превентивне контроле оснивања или других предвиђених формалности приликом оснивања. Међутим, за разлику од свих других наведених разлога, та одредба пружа највише простора за разлике у погледу режима контроле, који се, како је то већ наведено, значајно разликује у националним правима. Стога је могуће и различито уредити када је контрола изостала, односно повредом којих формалности би долазила у обзир могућност ништавости друштва.

<sup>63</sup> Чл. 1844–7, ст. 3 и 1844–10 француског Грађанског законика (Code civile), <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>, 1. фебруар 2017; и чл. L. 235–1 француског Трговачког законика.

<sup>64</sup> Jean-Paul Valuet, Alain Lienhard, Pascal Pisoni (commentaires et annotations), *Code des sociétés et des marchés financiers*, Édition 2010, Dalloz, Paris 2009<sup>26</sup>, 120–121.

<sup>65</sup> Philippe Merle, *Droit commercial: Sociétés commerciales*, Dalloz, Paris 1998<sup>6</sup>, 82.

<sup>66</sup> Чл. 184410, ст. 2 француског Грађанског законика.

<sup>67</sup> Став о супротности са правом ЕУ највише је изражен код нпр. P. Le Cannu, V. Dondero, 242–245. Вид. и: P. Merle, 82.

Тако, на пример, немачко право познаје врло строгу контролу оснивања друштва, која, стога, у великој мери отклања потребу ништавости друштва и дозвољена је само изузетно. Пре свега, контрола подразумева да нотар обавезно оверава оснивачки акт, а затим суд проверава испуњеност услова за оснивање друштва, што такође обухвата и оснивачки акт.<sup>68</sup> Сличну контролу има и енглеско право, у коме се приликом регистрације издаје потврда, која представља необорив доказ да је друштво основано уз поштовање свих услова нужних за његову регистрацију и да је регистрација извршена у складу са законом.<sup>69</sup> Стога у енглеском праву није ни предвиђена могућност ништавости, иако је предвиђена могућност испитивања регистрације друштва ради његовог брисања као изузетак, и то само када поступак покрене држава у случају озбиљног нарушавања јавног поретка.<sup>70</sup> Ипак, таква изузетна могућност се односи искључиво на околност да је друштво основано ради обављања недозвољених делатности, па се у теорији сматра да ниједан други разлог не би могао да води ка ништавости.<sup>71</sup>

<sup>68</sup> Чл. 23 и 38 немачког Закона о акционарским друштвима. Судска контрола оснивачког акта је потпуна (неограничена) у погледу формалних услова, док је ограничена у погледу његових материјалних одредаба. Тако суд може да ускрати упис друштва у регистар само у случају да одредбе оснивачког акта нису у складу са законом, а реч је о таквим одредбама које су искључиво или претежно предвиђене са циљем заштите поверилаца или ради заштите јавног интереса, као и у случају погрешно утврђене процене неновачаних улога или таквих одредаба оснивачког акта које би водиле његовој ништавости. Као последица тога, сви формални недостаци се не могу више истицати након регистрације друштва, а међу њима, осим форме оснивачког акта (уз пуноважну оверу јавног нотара), сматрају се, такође и такви недостаци попут (не)овлашћеног заступања или изостанка у поступку пред нотаром, али и недостаци у изјавама или мане воље приликом уписа акција. Ипак, то се не односи и на пословну неспособност уписника акција, на пример. Вид. детаљно: W. Müller, T. Rödder, 165–166. Ипак, готово да је невероватно да дође до регистровања друштва када постоје такве околности, будући да суд о њима води рачуна приликом регистрације и да врши неограничену контролу свих наведених формалних услова. За разлику од конвалидације регистрацијом у погледу формалних недостатака, недостаци у садржају оснивачког акта могу се истицати и након регистрације друштва, иако за поједине постоји могућност да се накнадно уклоне, док су неки везани за одређени рок.

<sup>69</sup> Вид. чл. 15, ст. 4 енглеског Компанијског закона (Companies Act 2006), <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/contents>, 1. април 2017. Исту одредбу је садржао и претходни Компанијски закон, о чему вид. детаљно: R. Drury (1985), 645 и даље.

<sup>70</sup> V. Edwards, 46.

<sup>71</sup> R. Drury (1991), 272. Аутор наводи случај друштва које је као своју делатност навело „проституцију“, што је био озбиљан разлог поништаја друштва. Вид. и Paul Davies, *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law*, Sweet & Maxwell, Thomson Reuters, London 2008<sup>8</sup>, 95. Ипак, други наводе да у том случају није реч о ништавости услед недостатака у оснивању, за које је потврда о регистрацији необориви доказ испуњености свих услова, већ о недозвољеној

#### 4.1.4. Незаконита делатност

Најзад, ништавост друштва постоји и када је предвиђена делатност друштва забрањена или супротна јавном поретку. За разлику од других разлога ништавости, у којима постоје различити ставови у националним правима, од самог почетка регулисања тог питања било је неспорно да друштво не може да постоји у случају да је делатност друштва противна правно допуштеним циљевима. Делатност друштва која је супротна закону или поретку јасан је услов ништавости, у коме нема никаквих разлога да се заштити настало фактичко и правно стање. Правни поредак не сме да дозволи постојање друштва чији је циљ противан закону или јавном поретку, без обзира на могућност постојања одређених интереса трећих лица. Стога и не чуди то што су у првом нацрту Прве директиве компанијског права која је обухватала ништавост међу условима били предвиђени само недопуштени циљ оснивања и пропусти у поступку оснивања.<sup>72</sup>

Међутим, у погледу тог услова Суд ЕУ је прецизирао да није реч о стварној – фактичкој делатности друштва, већ само о оним делатностима које су наведене у оснивачком или другим актима друштва, а које су забрањене или супротне јавном поретку.<sup>73</sup> У теорији је ипак остало спорно да ли се такав основ везује само за делатност која је предвиђена приликом оснивања друштва или и накнадне измене делатности. Узимајући у обзир остале разлоге ништавости, али и смисао правила која су на првом месту усмерена на недостатке у оснивању друштва, склони смо да прихватимо да је реч само о делатности у тренутку оснивања друштва, будући да тај тренутак представља оквир за регулисање овог института.<sup>74</sup>

---

активности друштва, о чему потврда о регистрацији није необориви доказ. Вид. Charles Wild, Stuart Weinstein, *Smith and Keenan's Company Law*, Pearson Education Limited – Longman 2009<sup>14</sup>, 57.

<sup>72</sup> Н. Ault, 112.

<sup>73</sup> Пар. 11–12 пресуде у случају *Marleasing* (Case C-106/89), Judgment of the Court of 13 November 1990. Сугерише се да тај услов не подразумева незаконите циљеве због којих се оснива друштво већ само оне у актима друштва који нису у складу са прописима и јавним поретком. Вид. P. Van Ommeslaaghe, „La première directive du conseil du 9 mars 1968 en matière de sociétés“, *Cahiers de droit européen* 1969, 660, наведено према: V. Edwards, 50. Детаљно о том питању, укључујући и другачије интерпретације до доношења пресуде, вид. J. Stuyck, P. Wytinck, „Case C-106/89, *Marleasing SA v. La Comercial Internacional de Alimentacion SA*, Judgment of 13 November 1990 (Sixth chamber), not yet reported“, *Common Market Law Review* 28/1991, 218 и даље.

<sup>74</sup> Супротно вид. код: V. Edwards, 50.

#### 4.2. Утврђење ништавости

Ништавост која је предвиђена у компанијском праву ЕУ значајно је ограничена и правилом да не сме да наступи аутоматски, по сили закона, већ на основу *судске одлуке* у случају да је испуњен најмање један таксативно наведен разлог ништавости.<sup>75</sup> Против те одлуке трећа лица имају могућност жалбе само у границама националног права, које је ограничено на кратак рок од шест месеци од објављивања одлуке.

Директивом нису предвиђени рокови у којима се може утврдити ништавост друштва, што је оставило простор не само за разлике у националним правима већ и неизвесност у односу на трећа лица, чија је заштита била основна идеја одредаба ове директиве.<sup>76</sup>

#### 4.3. Последице ништавости

Из наведених разлога ништавости јасно је да би класична теорија грађанског права сматрала да правни посао не може да настане, што значи да би у таквом случају редовно била искључена могућност конвалидације. Ипак, режим који је успостављен у случају да постоје таксативно наведени разлози ништавости представља, заправо, суштину режима условне ништавости. Тај режим обавезује да друштво које је настало са недостацима не сме да нестане већ је једини начин његовог „уклањања“ из правног система *престанак друштва* у поступку његове обавезне ликвидације. Тај механизам пружа сигурност трећим лицима која су се поуздала у постојање друштва, те је њихов положај исти као и у било ком другом случају ликвидације постојећег, ваљано основаног друштва.

Дакле, ништавост не води аутоматском нестанку друштва нити подразумева повраћај у пређашње стање (као да друштво никад није ни настало), већ води обавезној ликвидацији, што омогућава да не утиче на ваљано преузете обавезе које је до тада друштво преузело.<sup>77</sup> То значи да је дејство ништавости у том случају само за будућност – *ex nunc* и да нема ретроактивно дејство. У томе је, заправо, специфичност режима ништавости који не само да делује за будућност већ и обавезује чланове на уношење неунетих улога уколико је то неопходно да би се намирили повериоци.<sup>78</sup> То је нарочито истакнуто и

<sup>75</sup> Чл. 12 и 13 Директиве о ништавости.

<sup>76</sup> R. Drury (1991), 252.

<sup>77</sup> Чл. 12, ст. 2 и 3 Директиве о ништавости. Ипак, Грундман истиче да одлука о ништавости има дејство *ex nunc* у односу на способност пружимања обавеза од тренутка када се иначе може истаћи према трећим лицима (дакле, регистрација), док у погледу одговорности за преузете обавезе наступа тек ликвидацијом и престанком друштва. S. Grundmann, 139.

<sup>78</sup> Вид. чл. 13 Директиве о ништавости.

*обавезном ликвидацијом*, чији је циљ да се оконча постојање друштва и омогући испуњење свих његових обавеза према трећим лицима.<sup>79</sup>

Национална права имају могућност да уреде другачије последице ништавости само у односу на интерна питања у друштву – пре свега између његових чланова, док, напротив, у односу на трећа лица имају обавезу да предвиде одговорност чланова за уговорене а неуплаћене улоге, који су неопходни за намирење поверилаца.<sup>80</sup> То би значило да је односе међу члановима могуће уредити на различите начине, попут питања формирања имовине, обавезности одлука скупштине, располагања уделима, подели добити и слично, зависно од националног права. Или ће и за такве односе важити концепт друштва са недостацима, што је концепт савременог компанијског права; или је могуће да важи концепт према коме се сматра да такво друштво у унутрашњим односима није ни настало.<sup>81</sup> Неспорно је да је заштита трећих лица на првом месту, те циљ правила које успоставља поверење у постојеће друштво подразумева и постојање посебне имовине у односу на коју трећа лица могу да остваре своје захтеве.<sup>82</sup> Ипак, не сме се занемарити заштита интереса лица у оквиру друштва, једном када оно настане, те је важно заштитити интересе чланова адекватним окончањем међусобних имовинских односа.<sup>83</sup> Тиме је, упркос слободи уређења унутрашњих односа у случају ништавости, већина права ипак и та питања уредила применом правила о престанку друштва и обавезној ликвидацији.

Иако то није предвиђено правом ЕУ, многа национална права омогућавају да разлози за ништавост буду отклоњени, те тиме спречавају обавезни престанак друштва. Дакле, могуће је отклонити разлоге ништавости који најчешће подразумевају доношење одлуке скупштине или други адекватни начин отклањања недостатака који воде ка ништавости. У том смислу се сматра да управа друштва има дужност да захтева измену оснивачког (или другог) акта или да предузме друге мере које воде отклањању разлога ништавости, док чланови имају дужност (лојалности) да се са таквом одлуком

<sup>79</sup> Вид. М. Habersack, 102.

<sup>80</sup> Чл. 12, ст. 4 и 5 Директиве о ништавости.

<sup>81</sup> Види, између осталог, аргументацију за оба концепта код: Т. von Bodungen, 317. У прилог концепту друштва са недостацима и за унутрашње односе вид. К. Schmidt (1986), 424.

<sup>82</sup> М. Paschke, 17. То је, између осталог, разлог другачијег односа у немачкој теорији према оним формама друштава која одликује неограничена одговорност чланова, јер правни промет није у тој мери угрожен ништавошћу те и не мора да се штити у истој мери правилима о ограничењу ништавости, будући да трећа лица своје захтеве ионако могу да остваре од чланова друштва који одговарају и својом личном имовином за обавезе друштва.

<sup>83</sup> S. Grundmann, 137; U. Hüffer, 1379.

сагласе.<sup>84</sup> Тиме се, заправо, доприноси очувању поверења и сигурности у правном промету и још једним додатним правилом обезбеђује усклађивање са свим захтевима нужним за постојање друштва.

## 5. ЗАКЉУЧАК

Правни режим ништавости оснивања друштва разликује се у бројним детаљима у упоредном праву. Ипак, хармонизација права ЕУ успоставила је заједнички оквир за услове и поступак ништавости оснивања, који одликује рестриктивност и узак круг утврђених разлога који воде обавезном престанку друштва.

Најзначајнија карактеристика разлога ништавости је да по природи представљају нужне елементе за настанак и постојање друштва, те оно без њих не може или не сме да постоји. И данас се национална права разликују у избору разлога које дозвољава европски законодавац као (максималне – једине могуће) разлоге ништавости, будући да они указују на прихваћени концепт у схватању природе привредног друштва и основних предуслова за његов настанак и постојање. Најчешће се разлике у националним правима огледају у ограничењу разлога на оне у погледу изостанка императивних услова за оснивање друштва, за разлику од разних других околности које су у највећој мери у вези са уговорном природом друштва.

Режим ништавости оснивања друштва заправо и не представља ништавост у правом смислу речи већ једну „условну“ или „релативну“ ништавост, под којом се подразумева скуп правила која регулишу ситуацију у којој је привредно друштво настало, а да за то нису били испуњени сви услови, те упркос томе постоји не само фактички, већ и правно. Стога суштинска особеност тако схваћене ништавости лежи у потреби да друштво које је настало али са суштинским недостацима не сме да нестане, чиме би се угрожени интереси великог броја лица. Напротив, једини начин његовог уклањања из правног промета представља режим *престанка друштва* у поступку његове обавезне ликвидације.

Ипак, основ разумевања режима ништавости оснивања привредних друштава јесте у месту тог института у (компанијско)правном систему. Ништавост је, наиме, само један од института чији је циљ заштита интереса заинтересованих лица у правном промету, и то изузетно и као крајње средство. Због тога ништавост представља само последицу несавршености контроле оснивања. Што је контрола ефикаснија и свеобухватнија, то је могућност ништавости смањена.

---

<sup>84</sup> W. Müller, T. Rödder, 167.

Узимајући у обзир да јачање и поштравање контроле оснивања може негативно да утиче на ефикасност таквог поступка, основни је задатак сваког законодавца да дефинише правила о контроли оснивања која пружају довољно сигурности за учеснике у правном промету, али која не ограничавају ефикасност нити суштински утичу на економичност оснивања привредних друштава. У том оквиру ништавост мора да има улогу крајњег средства, а њена практична примена не сме да буде честа.

#### ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

- Ault, H., „Harmonization of Company Law In The European Economic Community“, *The Hastings Law Journal* 20/1968.
- Barbić, J., *Pravo društava – knjiga druga: Društva kapitala*, Organizator, Zagreb 2007<sup>4</sup>.
- Baumbach, A., Hueck, A., *GmbHG*, Verlag C. H. Beck, München 2013<sup>20</sup>.
- Berkhouwer, M. C., *Rapport fait au nom de la commission du marché intérieur sur la proposition de la Commission de la Communauté économique européenne au Conseil (doc. 10/1964–1965) relative à une directive tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés au sens de l'article 58, alinéa 2, du traité, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers*, Parlement européen, Documents de séance 1966–1967, Document 53, 9 mai 1966.
- Cozian, M., Viandier, A., Deboissy, F., *Droit des sociétés*, Lexis Nexis Litec, Paris 2009<sup>22</sup>.
- Davies, P., *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law*, Sweet & Maxwell, Thomson Reuters, London 2008<sup>8</sup>.
- Drury, R., „Nullity of Companies in English Law“, *Modern Law Review* 48/1985.
- Drury, R., „Nullity of Companies“, *European Company Laws: A Comparative Approach* (eds. R. Drury, P. Xuereb), Dartmouth, Aldershot – Brookfield USA – Hong Kong – Singapore – Sydney 1991.
- Edwards, V., *EC Company Law*, Clarendon Press, Oxford 1999.
- Enriques, L., „EC Company Law Directives and Regulations: How Trivial are They?“, *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law* 27(1)/2006.
- Fleischer, H., Goette, W. (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), Band 3: §§53–85*, C. H. Beck, München 2016<sup>2</sup>.

- Foster, N., „Company Law Theory in Comparative Perspective: England and France“, *The American Journal of Comparative Law* 4/2000.
- Гамс, А., Ђуровић, Љ., *Увод у грађанско право: општи део*, Научна књига, Београд 1981. (Gams, A., Đurović, Lj., *Uvod u građansko pravo: opšti deo*, Naučna knjiga, Beograd 1981)
- Grundmann, S., *European Company Law: Organization, Finance and Capital Markets*, Intersentia, Antwerpen – Oxford 2007.
- Habersack, M., *Europäisches Gesellschaftsrecht: Einführung für Studium und Praxis*, Verlag C. H. Beck, München 2006<sup>3</sup>.
- Hüffer, U., *Aktiengesetz*, Verlag C. H. Beck, München 2008<sup>8</sup>.
- Јевремовић Петровић, Т., „Ништавост статусне промене након регистрације“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2016. (Јевремовић Петровић, Т., „Ništavost statusne promene nakon registracije“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 2/2016)
- Jung, P., „Vers une convergence des droits allemand et français des sociétés?“, *Revue internationale de droit comparé* 4/2008.
- Le Cannu, P., Dondero, B., *Droit des sociétés*, Montchrestien, Lextenso éditions, Paris 2009<sup>3</sup>.
- Матковић Стефановић, Т., „Осврт на поједина питања и дилеме у вези ништавости оснивачког акта и ништавости регистрације оснивања привредног друштва“, Врховни касациони суд, *Билтен* 3/2015. (Matković Stefanović, T., „Osvrt na pojedina pitanja i dileme u vezi ništavosti osnivačkog akta i ništavosti registracije osnivanja privrednog društva“, Vrhovni kasacioni sud, *Bilten* 3/2015)
- Müller, W., Rödder T. (Hrsg.), *Beck'sches Handbuch der AG: Gesellschaftsrecht, Steuerrecht, Börsengang*, Verlag C. H. Beck, München 2009<sup>2</sup>.
- Paschke, M., „Die fehlerhafte Korporation: Zwischen korporationsrechtlicher Tradition und europarechtlicher Rechtsentwicklung“, *ZHR* 155/1991.
- Перовић, С. *Облигационо право*, Службени лист СФРЈ, Београд 1981<sup>5</sup>.
- Roth, G., Kindler, P., *The Spirit of Corporate Law: Core Principles of Corporate Law in Continental Europe*, C. H. Beck – Hart – Nomos, München 2013.
- Schmidt, K., „Fehlerhafte Gesellschaft und allgemeines Verbandsrecht: Grundlagen und Grenzen eines verbandsrechtlichen Instituts“, *Archiv für die civilistische Praxis* 5/1986.
- Спасић, С., „Ништавост регистрације оснивања привредног друштва“, Врховни суд Србије, *Билтен судске праксе* 2/2008. (Spasić,

- S., „Ništavost registracije osnivanja privrednog društva“, Vrhovni sud Srbije, *Bilten sudske prakse* 2/2008)
- Станић, Б., „Ништавост оснивачког акта и ништавост регистрације оснивања привредног друштва“, Врховни касациони суд, *Билтен* 3/2015. (Stanić, B., „Ništavost osnivačkog akta i ništavost registracije osnivanja privrednog društva“, Vrhovni kasacioni sud, *Bilten* 3/2015)
- Stuyck, J., Wytinck, P., „Case C-106/89, *Marleasing SA v. La Comercial Internacional de Alimentacion SA*, Judgment of 13 November 1990 (Sixth chamber), not yet reported“, *Common Market Law Review* 28/1991.
- Von Bodungen, T. „The Defective Corporation in American and German Law“, *The American Journal of Comparative Law* 15(1–2)/1966–1967.
- Valuet, J-P., Lienhard, A., Pisoni P., (commentaires et annotations), *Code des sociétés et des marchés financiers*, Édition 2010, Dalloz, Paris 2009<sup>26</sup>.
- Васиљевић, М., *Компанијско право*, Удружење правника у привреди Републике Србије, Београд 2015. (Vasiljević, M., *Kompanijsko pravo*, Udruženje pravnika u privredi Republike Srbije, Beograd 2015<sup>9</sup>)
- Водинелић, В., *Грађанско право: Увод у грађанско право и Општи део грађанског права*, Правни факултет Универзитета Унион, Службени гласник, Београд 2012. (Vodinelic, V., *Građansko pravo: Uvod u građansko pravo i Opšti deo građanskog prava*, Pravni fakultet Univerziteta Union, Službeni glasnik, Beograd 2012)
- Wild, C., Weinstein, S., *Smith and Keenan's Company Law*, Pearson Education Limited – Longman 2009<sup>14</sup>.

Tatjana Jevremović Petrović, PhD

Associate Professor

University of Belgrade, Faculty of Law

## NULLITY OF THE COMPANY

### *Summary*

This paper deals with the nullity of a company. It emphasizes why it is necessary to establish a special restrictive regime with regard to the nullity of a company, and what complementary mechanisms need to be introduced in order to accomplish legal certainty. In this respect the existing regime of the nullity of companies within EU Company Law is examined and different conditions for nullity, including possible consequences are presented.

Different theoretical concepts of the nullity of a company were examined and compared in this paper, in particular nullity of the company's incorporation, invalidity of the articles of incorporation, as well as registration procedure. Comparative law concepts, including *de facto company*, *société de fait* or *fehlerhafte Gesellschaft* are also examined in order to define nullity in Serbian Company Law, as well as to resolve some existing concerns and problems in Serbian case law.

Finally, it is underlined that nullity of a company must be regarded within the existing system of control of the incorporation of the company. It is emphasized that, in order to achieve legal certainty, nullity must be the ultimate means of protecting the interests of persons concerned, which is why it is necessary to improve the existing control system of incorporation of companies.

Key words: *Nullity. – Articles of incorporation. – Incorporation. – Registration. – Control.*

Article history:

Received: 9. 5. 2017.

Accepted: 30. 6. 2017.