

др **Татјана ЈЕВРЕМОВИЋ ПЕТРОВИЋ**
ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду

НИШТАВОСТ ОСНИВАЧКОГ АКТА У СРПСКОМ ПРАВУ

Резиме

Аутор се у раду бави проблемима ништавости оснивања привредног друштва. Анализиране су у том циљу одредбе српског права које уређују ништавост оснивачког акта. Оне су стављене у везу са одредбама које предвиђају ништавост регистрације оснивања привредног друштва. Указано је на постојеће недоумице и проблеме у практичној примени постојећег решења. Због тога аутор у раду предлаже измене које би допринеле целовитијем, системском и јаснијем уређењу режима ништавости оснивања привредних друштава. Ипак, истакнуто је 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, привредно друштво, оснивачки акт, оснивање, регистрација, контрола.*

І Увод

Ништавост у компанијском праву разликује се значајно од општег режима ништавости у грађанском праву. Посебан режим ништавости компанијског права почива на појачаној потреби заштите сигурности у правном промету.¹ Посебна заштита наведених интереса кроз специфичан концепт ништавости компанијског права иде руку под руку са систе-

1 Вид. у домаћем праву нпр. чл. 6, 13, 14, 33 ЗОПД. Примере вид. и у немачком праву код Karsten Schmidt, „Fehlerhafte Verschmelzung und allgemeines Verbandsrecht: Eine Analyse nach geltendem und kommendem Recht“, ZGR, Nr. 3/1991, 379. О особеном режиму ништавости у односу на одлуке скупштине вид. нпр. Jakša Barbić, *Pravo društava, Knjiga druga: Društva kapitala*, 4. izdanje, Organizator, Zagreb, 2007, 813.

мом регистрације и објављивања података о привредним субјектима, тачније са начелима јавности и поуздања у регистроване и објављене податке. Отуда постоји и изражена потреба у овој сфери да једно фактичко стање буде прихваћено као правно, чак и у случају када за настанак правног односа нису испуњени сви услови.²

Ипак, често примену постојећих правила о ништавости код нас прате недоумице и проблеми који доводе до недоследности у примени. Стога циљ овог рада представља на првом месту допринос тумачењу питања ништавости оснивања привредних друштава у српском праву и предлог за унапређење постојећих решења.³

II Оснивање друштва и ништавост у српском праву

Појам ништавости најчешће се приликом оснивања друштва везује за неколико појмова. Тако се говори о *ништавости друштва* као субјекту права, као 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).

Српско право предвиђа могућност ништавости оснивачког акта са једне стране, као и могућност ништавости регистрације оснивања, са друге стране. Док је ништавост оснивачког акта предвиђена одредбама Закона о привредним друштвима, ништавост регистрације оснивања уређена је одредбама Закона о регистрацији у Агенцији за привредне регистре.⁴ Такво паралелно уређење режима ништавости релативна је новина српског права. Раније код нас није постојао одвојени већ паралелни режим ништавости, па је последњи корак у случају евентуалних неправил-

2 Uwe Hüffer, *Aktiengesetz*, 8. Auflage, Verlag C.H.Beck, München, 2008, 1379-1380.

3 Део истраживања посвећен теоријским основама ништавости оснивања због ограниченог простора није обухваћен овим радом, те ће бити објављен накнадно, али аутор упућује на њега, узимајући у обзир да представља целовито истраживање уз овај рад. То је, такође, случај и са радом који је посвећен питању ништавости регистрације у српском праву, чије се објављивање очекује током ове године у зборнику радова *Право и транзиција* у издању Правног факултета Универзитета у Београду.

4 Вид. чл. 13-14 Закона о привредним друштвима – ЗОПД, *Службени гласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014, 5/2015, као и чл. 33 Закона о поступку регистрације у Агенцији за привредне регистре, *Службени гласник РС*, бр. 99/2011, 83/2014.

ности приликом оснивања друштва била ништавост (или брисање) регистрованих података, укључујући и оснивање.⁵

Иако је такав приступ делом био последица судског вођења регистра, он је такође имао и за основ другачију везу између компанијског и грађанског права. Док се са једне стране јасно одваја правни субјективитет правног лица (па и привредних друштава), дотле је он био у много већој зависности од класичних правила грађанског права, која се односе и на правне послове (оснивачки акт) и на могућност њихове ништавости. Ипак, постоји свест о томе да се поступак ништавости грађанског права не може потпуно пренети у област компанијског права. Стога постаје јасно да се ни ништавост оснивачког акта не може расправити применом општих правила облигационог права, већ да нарочит значај имају посебна правила компанијског права. Тако се већ пре извесног времена у нашој теорији и пракси усталило мишљење да оснивачки акт има поред облигационоправних и статусне елементе, при чему је опредељујући статусноправни карактер тог акта.⁶ Дакле, иако уговорне природе, оснивачки акт је неодојив од привредног друштва те је сваки случај његових недостатака доводио до утврђења ништавости уписа (у судски регистар) који је извршен на основу оснивачког акта.⁷ Дакле, да би друштво које је настало на ништавом правном основу престало да постоји било је нужно да се поред утврђења ништавости основа утврди и ништавост уписа, односно касније регистрације привредног друштва.

5 Вид. режим брисања неоснованог уписа, а нарочито режим ништавости уписа у судски регистар у чл. 59-63 Закона о поступку за упис у судски регистар, *Службени лист СРЈ*, бр. 80/94 и *Службени гласник РС*, бр. 55/2004, као и режим Закона о предузећима који је предвидео престанак предузећа у случају да се правноснажном одлуком суда утврди ништавост уписа у регистар, чл. 100 ст. 1 т. 6 Закона о предузећима, *Службени лист СРЈ*, бр. 29/96, 33/96, 29/97, 59/98, 74/99, 9/2001, 36/2002 и *Службени гласник РС*, бр. 125/2004. Сличну паралелу вид. и између одредбе о тужби за утврђење ништавости регистрације података из чл. 69 Закона о регистрацији привредних субјеката, *Службени гласник РС*, бр. 55/2004, 61/2005, 111/2009 и одредби о ништавости регистрације оснивања у чл. 11 Закона о привредним друштвима – ЗОПД 2004, *Службени гласник РС*, бр. 125/2004, 36/2011.

6 Вид. Пресуду Привредног апелационог суда, Пж. 12446/2010 (2) од 1.9.2011. године, доступну преко базе *ParagrafLex*. И домаћа теорија такође истиче специфичан карактер оснивачког акта. Вид. нпр. Мирко Васиљевић, *Компанијско право*, 9. издање, Удружење правника у привреди Републике Србије, Београд, 2015, 56-57. Такав став усваја и упоредна теорија, те немачка теорија, на пример, истиче уговорне и организационе елементе овог *sui generis* правног посла. Вид. нпр. U. Hüffer, 106, 1380.

7 Решење Привредног апелационог суда, Пж. 131/2010 од 24.6.2010, *Судска пракса привредних судова – Билтен*, бр. 1/2011.

Слично схватање усвојено је и након корених измена српског права у регистрацији привредних друштава, коју преузима Агенција за привредне регистре, водећи се начелима формалности и ефикасности и регистрацијом према правилима управног поступка. И након увођења таквог система контроле српско право у првом тренутку задржава раније схватање којим се у случају недостатака оснивачких аката пружа могућност да се захтева ништавост регистрације оснивања привредног друштва (или регистрације и других података, што више није случај).⁸ Дакле, суштина решења и даље је у вези са регистрацијом коју спроводи Агенција за привредне субјекте, иако је надлежност за утврђење ништавости и даље у рукама суда, док регистратор само врши забелешку спора и пресуде након њеног доношења. Стога се пажња и даље усмерава на регистрацију од које зависи настанак и постојање привредног друштва. Евентуална судбина озбиљних недостатака у настанку друштва остаје у вези са регистрацијом будући да између њих постоји *каузалност* и суштинска веза у којој без пуноважног основа упис (па и регистрација) не може самостално да опстане, без обзира што има конститутивно дејство. Дакле, и даље постоји јасна корелација са општим правилима грађанског права, при чему је оснивачки акт иако специфичан, и даље уговор који представља правни основ уписа – регистрације привредног друштва.

Такво схватање важећи Закон о привредним друштвима напушта уводећи као посебан институт *ништавост оснивачког акта* који, притом, не доводи ни у какву везу са регистрацијом оснивања привредног субјекта, иако међу њима постоји очигледна веза. Могући разлог за такво поступање лежи у намери да се изричито искључи могућност истицања ништавости оснивачког акта према општем режиму облигационог права. Ипак, управо супротно, усвојени режим сувише истиче уговорни елемент привредног друштва, те могућност утврђивања ништавости тог елемента има за директну последицу покретање поступка принудне ликвидације.⁹

Најзад, најзначајнији практични проблем у тако дефинисаном концепту ништавости оснивања – која се заправо дели на ништавост оснивачког акта и ништавост регистрације лежи у међусобној вези та два поступка. Наиме, ослањајући се на постојање такве везе од раније, српски судови имали су тешкоћа да направе разлику између ова два поступка, те

8 Чл. 11 ЗОПД 2004.

9 Вид. чл. 14, ст. 3 ЗОПД.

није ретко било схватање да се ради о таквим правилима за које је нужна *паралелна (или сходна) примена*.¹⁰

Ипак, сматрамо да се режим ништавости регистрације оснивања разликује од режима ништавости оснивачког акта и нужно их је посматрати као два одвојена поступка, која имају различите услове услед којих може наступити ништавост, како материјалне, тако и формалне (нарочито у погледу рокова), различити режим у погледу могућности отклањања узрока ништавости, као и различита правила о дејству ништавости. Са друге стране, последица ништавости у оба случаја је иста, јер подразумева обавезу спровођења принудне ликвидације.¹¹ Пошто је јасно да је последица ништавости у *оба случаја* принудна ликвидација, то отклања потребу паралелне примене ових института, тим пре јер је њихова сврха санкционисање потпуно различитих недостатака приликом оснивања друштва. Овај рад ће бити усмерен само на испитивање режима ништавости оснивачког акта.¹²

III Ништавост оснивачког акта

Ништавост оснивачког акта предвиђена одредбама ЗОПД представља суштину одредби о ништавости (оснивања) друштва и њихова садржина обликована је у великој мери под утицајем права ЕУ, иако са извесним особеностима, пре свега у односу на концепцијско опредељење ништавости.

1. Концепцијско опредељење ништавости

Наиме, српско право концентрисало је режим ништавости оснивања на ништавост оснивачког акта.¹³ Такав приступ, међутим, није сасвим теоријски оправдан, будући да друштво није изједначено са уговором на основу кога настаје, нити његова ништавост аутоматски повлачи ништавост друштва. За настанак и постојање друштва нужни су и други

10 О недоумицама у практичној примени ових двају режима вид. Бранко Станић, „Ништавост оснивачког акта и ништавост регистрације оснивања привредног друштва“, Врховни касациони суд, *Билтен*, бр. 3/2015, 328-331. У пракси се такође уочава и својеврсна *комбинована примена* правила оба института.

11 За последице вид. чл. 546 ст. 1 тач. 6 ЗОПД.

12 Као што је већ наведено у ранијим фуснотама, ништавост регистрације оснивања предмет је другог рада у оквиру овог истраживања чије се објављивање очекује током ове године у зборнику радова *Право и транзиција* у издању Правног факултета Универзитета у Београду.

13 Чл. 13 ЗОПД.

елементи, међу којима се истиче чињеница уписа или регистрације друштва која има конститутивно дејство, на основу које настаје посебан субјект права. Управо посебан субјективитет указује на непостојање знака једнакости између друштва и правног основа на коме је настао, те нема ни знака једнакости између ништавости основа и самог друштва.

Чак и када постоје недостаци који се односе на правни основ – оснивачки акт, и даље је у компанијском праву највећа пажња усмерена не на постојање недостатка основа као таквог, већ чињеницу да постојећи недостатак онемогућава опстанак друштва које се сматра основаним. Примера ради, у случају да правном послу (оснивачки акт) 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 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 приликом примене института ништавости оснивања.

Стога би концепцијско опредељење за регулисање ништавости (оснивања) друштва требало тражити у свим елементима нужним за настанак друштва, међу којима је и оснивачки акт друштва. Тиме би у првом плану била истакнута околност да се *друштво* које приликом настанка има одређене недостатке ипак сматра да постоји, и то не само фактички, већ и правно.¹⁴ Међутим, недостаци које има друштво (а не основ на коме настаје) су у тој мери изражени да не могу оправдати даље постојање друштва, чак ни због заштите интереса правне сигурности, односно трећих лица, те је оправдано да доведу до престанка друштва. Стога у таквом концепцијском опредељењу ништавост представља одступање од основног циља компанијског права да пружи заштиту поверења и сигурности у правном промету.¹⁵ На основу тога би термин *ништавост*

14 Thilo von Bodungen, „The Defective Corporation in American and German Law“, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 15, Nr. 1-2/1966-1967, 317.

15 Нека друга питања, попут ограничења овлашћења заступника или статусних промена, имају сличан режим, који у појединим правним системима иде и по апсолутне заштите постојећег стања. Вид. Marian Paschke, „Die fehlerhafte Korporation: Zwischen korporationsrechtlicher

оснивања као шири појам био и адекватнији, јер обухвата све пропусти приликом настанка друштва, а притом се не ограничава ни на правни основ (оснивачки акт), нити на сам поступак оснивања – регистрације или уписа. Тај термин такође искључује недоумице у погледу могућности накнадне ништавости, указујући да се накнадни недостаци морају другачије санкционисати (о чему ће касније бити више речи). Најзад, избегава теоријски проблематичан појам ништавости друштва. У том смислу ваља схватити употребу термина ништавости оснивања у овом раду.

2. Утицај права ЕУ

У праву ЕУ ништавост друштва као посебан начин његовог престанка регулисан је рестриктивним режимом предвиђеним правилима (раније Прве) Директиве компанијског права ЕУ која се, између осталог, односи и на ништавост.¹⁶ Разлог таквог приступа треба тражити не само у потреби заштите трећих лица, већ нарочито и услед посебно изражене потребе уклањања разлика и специфичности режима ништавости који је у време регулисања тог питања био изражен међу земљама чланицама.¹⁷ Позадина те потребе свакако је било успостављање хармонизованог система који обезбеђује правну сигурност, од значаја за унутрашње тржиште, заснованог на регистровању и објављивању одређених података о друштвима, чији је саставни и важан део контрола тог поступка, и сасвим логично ограничење могућности ништавости оснивања. Уколико постоје разлози који могу да воде ка ништавости, нужно је да се отклоне пре ре-

Tradition und europarechtlicher Rechtsentwicklung“, *ZHR*, vol. 155, 1991, 6. Више о аргументима у прилог ништавости као изузетку у немачкој теорији вид. и код Karsten Schmidt, „Fehlerhafte Gesellschaft und allgemeines Verbandsrecht: Grundlagen und Grenzen eines verbandsrechtlichen Instituts“, *Archiv für die civilistische Praxis*, Nr. 5/1986, 425.

16 Директива о координацији правила земаља чланица која се односе на привредна друштва, неопходим ради једнаке заштите интереса чланова и трећих лица – Директива о ништавости, 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, 1.10.2009. Овај текст консолидовао је и заменио одредбе Прве директиве компанијског права. Детаљно о одредбама ове Директиве у српској литератури вид. Вук Радовић, „Ништавост, објављивање информација и пословање друштва капитала“, Мирко Васиљевић, Вук Радовић, Татјана Јевремовић Петровић, *Компанијско право Европске уније*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2012, 89 и даље.

17 Вид. Stefan Grundmann, *European Company Law: Organization, Finance and Capital Markets*, Intersentia, Antwerpen – Oxford, 2007, 740.

гистровања, односно да се спречи регистровање друштава са недостацима.¹⁸ Тиме је наглашена потреба провере услова за оснивање приликом регистрације, и управо је на том питању инсистирао систем правила намењених обезбеђењу правне сигурности и заштите трећих лица, налажући озбиљну контролу оснивања како би се избегло санкционисање путем ништавости.

Наиме, контрола коју је предвидело право ЕУ обухвата превентивну судску или управну контролу поступка оснивања друштва, или обавезну оверу пред надлежним органом (бележник или друго овлашћено лице, зависно од националног права) свих оснивачких аката, статута и њихових измена.¹⁹ Иако је регулисање контроле било под јаким утицајем немачког система који подразумева озбиљну контролу како материјалних, тако и формалних услова оснивања, слабија контрола остала је могућа, и у неким чланицама остала је само формалне природе, најчешће услед потребе ефикаснијег оснивања друштава.²⁰

Притом, 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.²¹ Неспорно је, међутим, да компанијско право ЕУ даје несумњиву предност контроли и истиче њен значај као основни механизам заштите приликом оснивања друштава.

Најзад, најзначајнија карактеристика режима ништавости у праву ЕУ односи се на врло строге услове под којима се она може утврдити, с тим да 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

18 *Ibid.*, 137.

19 Чл. 11 Директиве о ништавости.

20 О контроли оснивања у француском праву која је много ужа и махом формалне природе, што несумњиво утиче на ефикасност, вид. Peter Jung, „Vers une convergence des droits allemand et français des sociétés?“, *Revue internationale de droit comparé*, Nr. 4/2008, 866.

21 Robert Drury, „Nullity of Companies“, *European Company Laws: A Comparative Approach* (Eds. Robert Drury, Peter Xuereb), Dartmouth, Aldershot – Brookfield USA – Hong Kong – Singapore – Sydney, 1991, 262.

или под других условима.²² 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 прелазило рестриктивно постављене границе.

Узимајући у обзир широку и честу примену режима ништавости оснивања у српском праву, одредбе о ништавости добијају у нашим условима посебан значај. За разлику од многих националних права која о ништавости расправљају као о теоријском концепту који је потпуно немогуће замислити у пракси, ништавост оснивачког акта, као и регистрације није ретка појава у домаћој пракси, нити је била ретка и у старијој пракси, те се чак истицало да је „пракса ... веома богата“.²³ Стога се не може рећи да у нашим условима стоји тврдња према којој су одредбе о ништавости „релативно неважне“²⁴ јер је ништавост ретка, нити су „тривијалне“ јер „подразумевају ситуације које готово никад не постоје у пракси“.²⁵ Отуда ће наредна излагања бити усмерена на анализу српског режима ништавости оснивачког акта, имајући, притом, у виду њихово порекло у правном режиму ништавости компанијског права ЕУ.

3. Општи оквир за уређење ништавости оснивачког акта

Српско право уређује ништавост оснивачког акта у два члана Закона о привредним друштвима, при чему у једном таксативно наводи разлоге ништавости, док у другом уређује поступак за утврђење ништавости и његово дејство.²⁶ Њихов садржај је несумњиво одређен под значајним утицајем права ЕУ, будући да се чак и текстуално врло често подударају. Стога вреди изложити њихов садржај, нарочито га упоређујући, када је то нужно, са смислом који се тим одредбама придаје у праву ЕУ.

а) Оснивачки акт – компанијскоправни акт

У српском праву оснивачки акт има форму уговора о оснивању, осим у случају када друштво оснива само један члан, када основ за наста-

22 То је изричито предвиђено чл. 12 Директиве о ништавости, који наводи разлоге за ништавост.

23 Слободан Спасић, „Ништавост регистрације оснивања привредног друштва“, Врховни суд Србије, *Билтен судске праксе*, бр. 2/2008, 313.

24 Vanessa Edwards, *EC Company Law*, Clarendon Press, Oxford, 1999, 46.

25 Luca Enriques, „EC Company Law Directives and Regulations: How Trivial are They?“, *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, vol. 27, Nr. 1/2006, 36.

26 Чл. 13 и 14 ЗОПД.

нак друштва представља одлука о оснивању јединог члана.²⁷ Ипак, предвиђено је да је оснивачки акт „конститутивни акт друштва“, чиме се заправо истиче његова организациона, и сасвим особена правна природа, којом тај акт нема много заједничког са класичним уговором (или једностаном изјавом воље) грађанског права.

Разлике у односу на уговор (или други правни посао грађанског права) су бројне. Очигледна је разлика само уколико се посматра (условно речено) слободан излазак и улазак из и у друштво а да то нема утицаја на уговор (сем у смислу измене података о новим члановима и улозима), док лица која накнадно приступе друштву тај акт обавезује; као и механизам измене оснивачког акта путем доношења одлуке, која у, примера ради, друштву са ограниченом одговорношћу подразумева (само) апсолутну већину чланова у највећем броју одлука.²⁸

Међутим, разлике су очигледне управо и у режиму ништавости, будући да је нарочито у том питању дошла до изражаја посебна компанијскоправна природа оснивачког акта, те је за њега у основи искључен општи режим ништавости облигационог права. Такав приступ последица је утицаја права ЕУ у ограничењу режима ништавости, иако и даље чак поједина национална права земаља чланица ЕУ истичу значај уговорне правне природе и уговорних елемената привредног друштва.²⁹ Одређујући концепцијски ништавост кроз ништавост оснивачког акта српско право се такође значајно окреће ка таквом уговорном концепту, који је очигледан и из наведених разлога ништавости, будући да су они дефинисани искључиво као недостаци оснивачког акта, а не самог друштва. Док

27 Чл. 11 ЗОПД.

28 Исти аргументи и код нпр. Nicholas H.D. Foster, „Company Law Theory in Comparative Perspective: England and France“, *The American Journal of Comparative Law*, Nr. 4/2000, 586. Такође и у домаћој теорији вид. М. Васиљевић, 56.

29 Вид. нпр. упоредноправни преглед, са нарочитим освртом на уговорну природу у француском праву и последице на ништавост код R. Drury, 262 и даље. О двоструком режиму ништавости у француском праву које поред компанијскоправних, прихвата примену општих правила о ништавости уговора вид. чл. 1844-7 ст. 3 и чл. 1844-10 француског Грађанског законика (Code civile), <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000028724345&cidTexte=LEGITEXT000006070721>, 1.2.2017; и чл. L. 235-1 француског Трговачког законика (Code de commerce), <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006229586&cidTexte=LEGITEXT000005634379>, 1.2.2017. Ипак, такав режим сматра се да није у складу са правом ЕУ. Вид. нпр. Paul Le Cannu, Bruno Dondero, *Droit des sociétés*, 3e édition, Montchrestien, Lextenso éditions, Paris, 2009, 242-245; Philippe Merle, *Droit commercial: Sociétés commerciales*, 6 édition, Dalloz, Paris, 1998, 82.

се неки од недостатака заиста нужно и могу узети само за оснивачки акт, то није случај са свима. Тако је, на пример, недозвољена делатност друштва она која је наведена у оснивачком акту, а супротна је принудним прописима или јавном поретку. Иако ће касније бити више речи о том разлогу, па и идеји да се под делатношћу не посматра фактичка већ предвиђена делатност, остаје спорно да ли је то недостатак уговора (недозвољена кауза) или друштва. Овде такође вреди истаћи и значај регистрованих података у односу на оне које садржи оснивачки акт, чиме би додатно могао да се поткрепи неоправдано велики значај који је дат оснивачком акту, а не ништавости друштва или његовог оснивања.

Поред таксативно наведених разлога ништавости оснивачки акт се не може ни у једном другом случају утврђивати да је ништав (нити то може да се деси по самом закону), те је санкционисање свих осталих недостатака предвиђено на други начин. Генерално се може рећи да српско право у случају недостатака приликом оснивања (па и постојања) друштва предност даје принудној ликвидацији, а не ништавости, чиме је опредељено место ништавости. Тиме је овај институт крајње средство и стога се мора врло уско и рестриктивно тумачити.³⁰

б) Оснивачки акт регистрованог друштва

Регулисање ништавости оснивачког акта остало је неодређено у времену, будући да се не везује ни за какве рокове. Значај рокова не само да омогућава да се питање ништавости оснивачког акта постави у било ком тренутку, већ отвара и додатна питања. Пре свега, који је однос оснивачког акта и режима ништавости са чињеницом регистрације друштва – тачније, да ли предвиђени режим ништавости једако важи без обзира на чињеницу да ли је друштво регистровано или не. Такође, отвара питање да ли обухвата само првобитно сачињен (и регистрован) оснивачки акт, или је могуће говорити о ништавости оснивачког акта који је иницијално био ваљан, али је накнадним изменама, доцније, изгубио све услове за пуноважност, те се може накнадно утврђивати његова ништавост.

30 У том смислу потпуно одговара месту ништавости у систему компанијског права ЕУ. Више о рестриктивном тумачењу института ништавости у праву ЕУ у пара. 12 Пресуде у случају *Marleasing v La Comercial Internacional de Alimentación* (C-106/89). Теоријске ставове вид. нпр. код: V. Edwards, 46; Erik Werlauff, *EU Company Law: Common business law of 28 states*, 2nd edition, DJØF Publishing, Copenhagen, 2003, 76; R. Drury, 251; Mathias Habersack, *Europäisches Gesellschaftsrecht: Einführung für Studium und Praxis*, 3. Auflage, Verlag C.H.Beck, München, 2006, 100.

У одговору на прво питање вреди истаћи да Закон о привредним друштвима садржи изричиту одредбу, према којој се пресуда којом се утврђује ништавост оснивачког акта друштва доставља регистру привредних субјеката „ако је друштво регистровано“ ради покретања поступка принудне ликвидације.³¹ То би значило да је могуће утврђивати ништавост и ако друштво није регистровано, под истим претпоставкама, с тим што се тада не примењују све одредбе у вези последица ништавости. Ипак, тако не би требало тумачити ни наведену одредбу, нити предвиђени режим ништавости.

Разлог томе лежи у циљу установљеног режима ништавости, који на првом месту има интерес правне сигурности и заштите трећих лица. И у оквиру права ЕУ је истакнуто да је домашај одредбе о ништавости ограничен на она друштва која постоје у очима трећих лица, онако како је то према стању из регистра, и ради заштите сигурности у правном промету.³² Ван оквира режима ништавости остају, дакле, они случајеви када друштво није регистровано.

Стога би и у оквиру српског режима ништавости ваљало имати у виду исти смисао и домашај правила о ништавости, што би практично значило да би пре оснивања друштва, тачније регистрације којом друштво стиче субјективитет, ништавост оснивачког акта ваљало решавати према општем режиму облигационог права о ништавости правних послова. Ограничени разлози ништавости оснивачког акта добијају смисао тек након регистрације друштва, када се суштински и мења правна природа оснивачког акта, којом он постаје особени компанијскоправни акт. Тиме би наведену одредбу о последицама ништавости „ако је друштво регистровано“ заправо требало разумети само у смислу уређења последица ништавости регистрованог друштва.³³

31 Чл. 14 ст. 3 ЗОПД.

32 Суд ЕУ изнео је мишљење о примени одредби о ништавости на она друштва, за која трећа лица према стању из регистра сматрају да постоје. Вид. пара. 14 Пресуде у случају *Ubbink Isolatie BV* (C-136/87). 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.

33 Стога би правилнија била формулација која изоставља коришћење речи ако, коју не треба схватити условно, већ у контексту када је друштво регистровано, или пошто (због тога што) је друштво регистровано.

в) *Примена одредби о ништавости оснивачког акта на статут акционарског друштва*

Закон о привредним друштвима предвиђа да оснивачки акт као конститутивни акт имају све форме привредних друштва, али да поред њега акционарско друштво има и статут којим уређује управљање друштвом и друга питања.³⁴ Стога вреди поставити питање какав је режим недостатака који постоје у статуту акционарског друштва, будући да и он уређује важна питања за настанак и функционисање друштва.

Прво, да ли се на њега сходно примењују одредбе о ништавости оснивачког акта, будући да и његов садржај обухвата неке елементе који су предвиђени као разлози ништавости оснивачког акта (пословно име, делатност, капитал). И за његово закључење неопходна је одређена форма, а такође се и овде може поставити питање правне и пословне способности потписника тог акта.³⁵ Друга могућност била би примена општих правила грађанског права, за разлику од оснивачког акта, за који је изричито предвиђено да се та правила не примењују. Најзад, трећа могућност била би да се не може утврђивати ништавост статута, или, прецизније, иако може да она *не може да има за последицу принудну ликвидацију друштва* по аналогiji са правилима о ништавости оснивачког акта или регистрације.

Иако о овом питању нема изричитих ставова нити праксе која нам је позната, сматрамо да треба прихватити у сваком случају треће решење које у случају недостатака статута онемогућава аналогiju са ништавим оснивачким актом у примени правила о спровођењу принудне ликвидације. Такође би било неприхватљиво применити другу могућност, будући да за статут једнако важе сви аргументи у прилог специфичности природе и дејстава и овог акта, у односу на правне послове грађанског права, а односе се и на питање ништавости. Ипак, сматрамо да не треба прихватити ни могућност сходне примене правила о ништавости оснивачког акта и на статут, будући да је циљ предвиђених правила регулисање *ништавости оснивања* а не оснивачког акта, те се стога једнако примењује и на оснивачки акт акционарског друштва, који има функцију да регулише поступак оснивања. Сходно томе, не би се могао применити ни на недостатке статута, будући да је тај документ намењен уређењу „управљања и других питања“ уређених законом, а не оснивања друштва. Ме-

34 Чл. 11 ст. 1 и 4 ЗОПД.

35 За садржај статута вид. чл. 246 ЗОПД.

ђутим, на недостатке статута требало би применити правила која сматрамо да једнако важе и за накнадне измене оснивачког акта, јер недостаци акта који уређује функционисање друштва морају адекватно да се санкционишу.

г) Накнадна и делимична ништавост оснивачког акта

Већ је истакнуто да регулисање ништавости оснивачког акта није изричито везано нити за оснивање друштва, нити за рокове, те се значај тог питања огледа и у питању домашаја одредбе о ништавости оснивачког акта. Наиме, наведени режим могуће је разумети тако да обухвата само оснивачки акт у тренутку настанка – оснивања друштва, или је, пак, могуће говорити о ништавости оснивачког акта за коју су разлози наступили накнадно, након неке од његових могућих измена, што је (осим код акционарског друштва у коме се оснивачки акт не мења) редовна околност у току функционисања и постојања привредног друштва.

У одговору на то питање ваља се поново подсетити које је место и функција института ништавости у српском правном систему (као и у систему ЕУ по узору на које је уређен овај институт). Имајући то у виду, а нарочито околност да ништавост представља изузетну санкцију у случају када приликом оснивања друштва предвиђена контрола није могла да спречи непоштовање услова за ваљано оснивање, ваља дати одговор и на постављени проблем. Смисао изузетака који омогућавају утврђивање ништавости треба сагледати у контексту оснивања друштва са недостацима, а не недостатака својствених самом оснивачком акту. Тиме суштина лежи у значају ништавости *оснивачког* акта, односно акта који има функцију да се друштво оснује. Тиме накнадне измене оснивачког акта не требало да буду обухваћене режимом ништавости оснивачког акта, што је још један аргумент против употребе постојећег, и коришћења термина ништавости (оснивања) друштва.

У случају да након измена оснивачког акта недостаје неки битни елемент за постојање *друштва* оно мора да престане да постоји. Чињеница да тај битни елемент јесте наведен као неки од елемента који воде ништавости оснивачког акта не може да доведе до његове накнадне ништавости, будући да је друштво већ настало. Дакле, оснивачки акт не може да постане накнадно ништав, већ само неке његове одредбе. У случају да су те одредбе међу суштинским елементима оснивачког акта, то значи да је оснивачки акт изгубио неки од тих битних елемената и да више не може адекватно (или уопште) да уређује права и обавезе у интерним и/или

екстерним односима друштва. Стога би то био разлог престанка друштва, упоредив са свим другим случајевима када друштву недостаје неки важан елемент за његово постојање (на пример, други члан у ортачком или командитном друштву, законски заступник, минимални капитал и слично), за шта је такође санкција принудна ликвидација.³⁶ Такође би се тај режим сходно могао применити и на ситуацију у којој постоје разлози за ништавост статута акционарског друштва, као и када постоје остали разлози који утичу на ваљаност оснивачког акта, а нису изричито предвиђени као разлози за његову ништавост.³⁷ Дакле, у тим случајевима друштво би *пре-стајало да постоји* јер више не испуњава услове за постојање, а не ради се о ништавости ваљано основаног друштва.

Осим те могућности, наведена ситуација може да се решава и путем примене правила која уређују неправилности у правном послу који је довео до измена оснивачког акта, тако да постоје разлози за његову ништавост. Тај правни посао може да буде одлука скупштине или других надлежних органа (лица) зависно од форме привредног друштва. Такав посао би у случају да је довео до накнадне ништавости оснивачког акта могао да се побија, а учињене измене биле би на тај начин без правног дејства, чиме би оснивачки акт и даље био ваљан.

Уколико се на тај начин посматра одредба која предвиђа ништавост оснивачког акта, онда се она односи само на ништавост у тренутку закључења уговора (или доношења одлуке) на основу ког је основано друштво. Стога би било практично и да ништавост оснивачког акта ипак буде ограничена роком у коме се може истицати, односно у коме би то имало смисла чинити, будући на последице које су наступиле у правном промету и потреби успостављања веће правне сигурности.

Најзад, изложени режим треба сходно применити и за питање *делимичне ништавости оснивачког акта*. Тако би се у том случају недостаци који воде делимичној ништавости, а обухваћени су таксативно наведеним разлозима ништавости могли или отклонити до закључења главне расправе на којој се расправља о ништавости,³⁸ или имају за последицу ништавост оснивачког акта у целини, будући да су према озбиљности ко-

36 У том смислу упор. разлоге за принудну ликвидацију, чл. 546 ЗОПД.

37 Исто мишљење вид. код J. Barbić, 245.

38 Вид. чл. 14 ст. 2 ЗОПД.

ју имају неспорно сврстани међу одредбе без којих оснивачки акт не може опстати.³⁹

4. Разлози ништавости

Разлози ништавости и у прописима који уређују ништавост на комунитарном нивоу врло су рестриктивни и у теорији је уједначено мишљење, касније потврђено и у пракси Суда ЕУ да ништавост сем таксативно наведених разлога није могућа и у другим случајевима.⁴⁰ Разлози *ништавости друштва* које је предвидело право ЕУ односе се или на нужне елементе за постојање друштва, међу којима постоје и они у вези са оснивачким актом и његовом уговорном природом, или на делатност друштва противну прописима или јавном поретку, или у случају потпуног изостанка контроле оснивања.⁴¹

По угледу на наведену одредбу српско право преузело је већину разлога ништавости, дефинишући их као *разлоге за ништавост оснивачког акта* од којих је први разлог прихваћен само једним делом, и то у погледу форме оснивачког акта, док су пропусти у контроли оснивања препуштени регулисању одредбама Закона о поступку регистрације у АПР о ништавости регистрације оснивања.⁴² Остали разлози већином су приваћени и то дословно, иако је од преосталих пет разлога српски законодавац изоставио два. Ради се о повреди одредби о минималном броју оснивача или одредби о минималном капиталу. У том случају последица повреде одредби није ништавост друштва, већ његов престанак путем правила о принудној ликвидацији.⁴³ Такво опредељење потпуно је у складу

39 Вид. чл. 105 Закона о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003 у вези са условима за делимичну ништавост. Више о тој дилеми у српској судској пракси вид. код Б. Станић, 325.

40 V. Edwards, 46. Вид. пара. 12 Пресуде у случају *Marleasing*. Вид. и E. Werlauff, 76; R. Drury, 251; M. Habersack, 100.

41 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. Вид. чл. 12 ст. 1 тач. б) Директиве о ништавости.

42 Вид. чл. 33 Закона о поступку регистрације у Агенцији за привредне регистре.

43 Вид. чл. 546 ЗОПД.

са рестриктивним режимом Директиве о ништавости компанијског права ЕУ која даје максимални (али не и минимални) оквир разлога за ништавост.⁴⁴

Недостаци који представљају разлоге за ништавост се односе или на форму оснивачког акта, или на недопуштenu или неморалну делатност привредног друштва која је наведена у оснивачком акту, или на његове најважније елементе (пословно име, улоге, износ основног капитала или претежну делатност), или околност да су сви потписници у време закључења били правно или пословно неспособни.⁴⁵ Иако је изричито предвиђено да се осим наведених разлога за ништавост оснивачки акт не може огласити ништавим по другом основу,⁴⁶ мишљења неких судија наговештавају да се ништавост „ипак може тражити и по другом основу“, што, између осталог, показује и поступање судова у појединим случајевима.⁴⁷ Ипак, сматрамо да за такво проширење јасно ограниченог круга разлога нема места, и да санкционисање других неправилности треба тражити у другим институтима компанијског права.

У наведеним разлозима ништавости, ипак могу да се уоче извесни недостаци. Они се осим наведених проблема о којима је било речи у претходном одељку нарочито односе и на чињеницу да су разлози за ништавост прихваћени махом дословно из одредби Директиве о ништавости, а да се притом није водило рачуна о чињеници да се тај пропис односи само на одређене форме друштва, за које је карактеристична ограничена одговорност.⁴⁸ За разлику од тога, оснивачки акт је према Закону о привредним друштвима конститутивни акт за све форме друштва, укључујући и ортачка и командитна друштва. Ипак, сви разлози ништавости нису прилагођени свим формама (на пример, изостанак правила о основном капиталу друштва такође важи и за ортачко или командитно друштво), док се, са друге стране нигде не помиње могућност ништавости статута код акционарског друштва, као једног од два конститутивна акта те форме (о чему је већ било речи).

Најзад, на овом месту ће само посебна пажња бити посвећена једном од разлога ништавости оснивачког акта који је често био споран у пракси. Ради се о недопуштеној делатности, која се према садашњем тек-

44 Вид. чл. 12 Директиве о ништавости.

45 Чл. 13 ст. 1 ЗОПД.

46 Чл. 13 ст. 2 ЗОПД.

47 Б. Станић, 328.

48 Вид. чл. 1 Директиве о ништавости.

сту закона односи на делатност наведену у оснивачком акту која је супротна принудним прописима или јавном поретку.⁴⁹

Тај услов, дакле, обухвата недопуштену делатност, под чим се подразумева таква делатност коју одређена форма привредног друштва уопште не сме да обавља, а не делатности за које је иначе неопходна дозвола или одобрење који нису дати.⁵⁰ Ипак, то се односи само на обављање делатности али не и њену регистрацију када је она условљена издавањем претходног одобрења, сагласности или другог акта надлежног органа.⁵¹

Супротна мишљења била су приметна у пракси наших судова, јер се сматрало да злоупотреба иначе дозвољене делатности представља основ предвиђен за ништавост оснивања друштва. Тако је, наиме, Врховни суд Србије исказао своје правно мишљење према коме је „(З)лоупотребом права на оснивање привредног друштва ради изигравања принудних прописа испуњен ... законски основ ... за утврђење ништавости“ оснивачког акта – уговора о оснивању а тиме и регистрације оснивања јер се „...кроз закључење таквог уговора жели постићи циљ супротан јавном поретку и принудним прописима“.⁵² Притом, ранији прописи нису били прецизни у дефинисању овог разлога ништавости, наводећи га као незакониту или делатност супротну јавном интересу.⁵³ Наведено тумачење било је засновано и на примени општих правила облигационог права, према којима се у наведеном случају ништавост оснивачког акта – уговора заснива на недопуштеној каузи, те се применом одредби облигационог права о недопуштеном основу уговор мора поништити.⁵⁴ Дакле, судови су примењивали општа правила облигационог права која се односе на

49 У погледу овог услова и Суд ЕУ је прецизирао да се не ради о стварној – фактичкој делатности друштва, већ само оним делатностима које су наведене у оснивачком или другим актима друштва, а које су забрањене или супротне јавном поретку. Вид. пар. 11-12 пресуде у случају *Marleasing*. 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*, vol. 28, 1991, 218 и даље.

50 J. Barbić, 246.

51 Чл. 4 ст. 2 ЗОПД.

52 Правно становиште Врховног суда Србије, Прев. 205/07 од 29. новембра 2007, нав. према: С. Спасић, 333, 336.

53 Чл. 11 ст. 2 тач. 2 ЗОПД 2004.

54 Вид. детаље одлуке пред првостепеним и наведено правно становиште другостепеног суда код: С. Спасић, 335.

уговор у наведеном случају, утврђујући да је стога такав уговор ништав. Позитивно српско право сада прецизира да се ништавост оснивачког акта односи на делатности друштва која се наводи у оснивачком акту, дакле несумњиво је прецизирано да се не односи на фактичку, већ само ону делатност која је наведена у оснивачким актима.⁵⁵

5. Последице ништавости

Ништавост оснивачког акта, без обзира на разлог, не спречава настанак друштва уколико је извршена његова регистрација.⁵⁶ То значи да последица ништавости оснивачког акта није истовремена ништавост друштва, већ разлог за његов престанак у поступку принудне ликвидације.⁵⁷

Ипак, важна околност у регулисању ништавости оснивачког акта представља могућност да се разлог ништавости отклони до закључења главне расправе, иако се према разлозима који могу довести до ништавости оснивачког акта ради о врло озбиљним разлозима, који се према општим правилима грађанског права обично сматрају разлозима због којих правни посао ни не може да настане, па се, сходно томе, не могу ни накнадно уклонити.⁵⁸ Ипак, у упоредном праву, као и код нас је често широк круг разлога за ништавост праћен могућношћу да се неки недостаци исправе и на тај начин избегне ништавост. Наравно, могућност уклањања недостатака постоји за неке – попут изостанка одређених података у оснивачком акту, али не и за све недостатке, под чим се нарочито мисли на недозвољену делатност.⁵⁹ Најчешће подразумева доношење одлуке скупштине или други начин постизања сагласности или одлуке о недостатку оснивачког акта, у зависности о ком је конкретно реч. Могућност да се ништавост избегне услед отклањања недостатака такође подразумева да се не може водити поступак у вези са утврђењем ништавости осни-

55 Чл. 13 ст. 1 тач. 2 ЗОПД. Ипак, и такво решење може се критиковати због значаја који за друштво имају регистровани подаци, поготово у случају несклада са оним подацима које би садржао оснивачки акт. О томе је већ било речи раније.

56 Holger Fleischer, Wulf Goette (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG)*, Band 3: §§53-85, 2. Auflage, C.H.Beck, München, 2016, 883.

57 Вид. чл. 14 ЗОПД.

58 Чл. 14 ст. 2 ЗОПД.

59 Изричито у том правцу говори француско право, које предвиђа да се отклањањем разлога не може поднети тужба за утврђење ништавости, осим у случају недозвољене делатности. Вид. чл. L235-3 француског Трговачког законика.

вачког акта када су неправилности отклоњене до покретања поступка, дакле, нужно је да оне постоје у тренутку подношења тужбе.

Могућност отклањања недостатака је предвиђена до закључења главне расправе. У односу на тај тренутак поједини сматрају да је могуће за то време застати са поступком.⁶⁰ Супротно, будући да то није изричито предвиђено законом, сматра се да нема места за застој поступка применом општих процесних правила, већ могућност да се разлози отклоне постоји само до закључења главне расправе.⁶¹

Најзад, ништавост оснивачког акта изричито није везана ни за какве рокове. Иако је у домаћој пракси било наговештаја да би и на тужбу у случају ништавости оснивачког акта требало применити рокове који су предвиђени за тужбу којом се утврђује ништавост регистрације оснивања друштва, сматрамо да то није исправно.⁶² Ипак, већ је истакнуто да би рокови могли да допринесу успостављању правне сигурности, и да њихово предвиђање није супротно смислу одредби о ништавости. Напротив, будући да се залажемо за примену института ништавости оснивачког акта само у односу на недостатке који га прате приликом оснивања, сматрамо да би у таквом режиму било пожељно увођење одређених рокова.⁶³

60 Б. Станић, 326.

61 Чл. 227 ст. 1 Закона о парничном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 49/2013, 74/2013, 55/2014 предвиђа застој поступка само у случају када је то предвиђено законом, што овде није случај. Татјана Матковић Стефановић, „Осврт на поједина питања и дилеме у вези ништавости оснивачког акта и ништавости регистрације оснивања привредног друштва“, Врховни касациони суд, *Билтен*, бр. 3/2015, 350.

62 О недоумицама у погледу рокова вид. Б. Станић, 328-331. Сматрало се, наиме, да би се утврђењем ништавости оснивачког акта „...заобилазним путем продужава(о) рок за подношење тужбе за утврђење ништавости регистрације оснивања, што је у суштини и крајњи циљ ове врсте тужбе иако то у захтеву није тако наведено“, те је такав приступ сматран правилним. *Ibid.*, 328. То, ипак, стоји у супротности са закључком који јасно истиче да се ради о „два правна основа“ и према различитим условима. *Ibid.*, 331. Исти став који сматра да се на ништавост оснивачког акта примењују рокови за ништавост регистрације оснивања вид. код Т. Матковић Стефановић, 350.

63 Такав приступ карактеристика је режима ништавости друштва у упоредном праву, попут француског, немачког, као и хрватског права, у којима рок за тужбу износи три године. Вид. чл. L235-9 француског Трговачког законика, чл. 275, ст. 3 немачког Закона о акционарским друштвима (*Aktiengesetz*), <https://dejure.org/gesetze/AktG>, 1.2.2017; и чл. 384а ст. 3 хрватског Закона о трговачким друштвима, *Narodne novine*, бр. 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-trgova%C4%8Dkim-dru%C5%A1tvima>, 4.3.2017.

Последица утврђења ништавости предвиђена је као покретање поступка принудне ликвидације.⁶⁴ Дакле, друштво не нестаје аутоматски, већ се спроводи поступак престанка друштва, као да је оно ваљано било основано. Такође је посебно истакнуто да ништавост нема дејства на правне послове друштва са савесним трећим лицима. Чланови друштва имају обавезе уплате или уноса улога, као и извршења других обавеза у мери измирења обавеза друштва према трећим савесним лицима, док ортаци и комплементари одговарају према трећима солидарно и неограничено, према општем режиму одговорности за обавезе тих форми друштва.⁶⁵ У упоредном праву се под „трећим лицима“ не могу сматрати ни чланови друштва, нити његови директори.⁶⁶ Дејство ништавости за будуће се сматра последицом примене фикције апсолутне тачности регистра као јавне књиге.⁶⁷

Активна легитимација није посебно одређена у погледу тужбе за утврђење ништавости оснивачког акта. У немачком праву активну легитимацију има сваки члан или акционар друштва без обзира на величину његовог удела, односно број акција у друштву, као и директори и чланови надзорног одбора, док је тужени друштво.⁶⁸ За директоре такво право се сматра да није ограничено вољом осталих чланова органа управљања друштва, те чак и у случају постојања њихове супротне одлуке сваки директор може да поднесе тужбу за утврђење ништавости друштва на основу свог положаја члана органа друштва (дакле не као приватно лице).⁶⁹ Сматрамо да би исто правило могло да се примени и у српском праву. Са друге стране, повериоци друштва не би имало активну легитимацију, будући да друштво у односу на њих постоји не само фактички, већ и правно.⁷⁰

Пасивно легитимисано је друштво чији се оснивачки акт утврђује ништавим. Ипак, домаћи судови доносили су и одлуке у којима су сматрали да је нужно да се тужбеним захтевом обухвате сви оснивачи дру-

64 Чл. 14 ст. 3 ЗОПД. Вид. и чл. 546 ст. 1 тач. 6 ЗОПД.

65 Чл. 14 ст. 4-6 ЗОПД.

66 P. Le Cannu, B. Dondero, 250.

67 Из пресуде Врховног суда Србије, Прев. 95/98 од 7.10.1998, нав. према Б. Станић, 329.

68 Чл. 75 ст. 1 немачког Закона о друштвима са ограниченом одговорношћу (Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung), <http://www.gesetze-im-internet.de/gmbhg>, 1.3.2017.

69 Ипак, тужбу подносе у своје име, будући да се ради о особеном „спору унутар органа правног лица“, а не у име друштва. Вид. Adolf Baumbach, Alfred Hueck, *GmbHG*, 20. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2013, 2083.

70 Такав закључак вид. код: T. von Bodungen, 317.

штва.⁷¹ Такав став, је погрешан, будући да се заснивао на мешовитом карактеру уговора о оснивању као уговора са облигационим и статусним елементима. Ипак, режим ништавости оснивачког акта управо јасно указује да се не ради о уговору на који се примењује општи режим облигационог права, нити има смисла тужити сваког од чланова (оснивача) друштва, нарочито имајући у виду број и могућност променљивости тих лица, те би нарочито код неких форми код којих је уобичајен већи број оснивача такво правило онемогућавало утврђење ништавости.

Последице ништавости оснивачког акта на унутрашње односе исте су као и у односу на трећа лица. У том циљу се на питања судбине тих односа примењује режим престанка друштва путем принудне ликвидације.⁷²

У нашој пракси се поставило и питање везе ништавости оснивачког акта и других повезаних уговора, попут уговора о преносу удела на трећа лица. Такође је овај проблем постављен и у случају ништавости регистрације.⁷³ У случају да се проблем посматра у вези са ништавошћу оснивачког акта, српско право нема изричит одговор, али се према режиму који признаје постојање друштва, и предвиђа обавезну ликвидацију мора прихватити да друштво постоји не само у спољним односима друштва са трећим лицима, већ и у унутрашњим односима, те би ништавост таквих уговора морала посебно да се утврди, нарочито у случају постојања мана воље или несавесности лица на која се односи.

IV Закључак

Систем који се односи на ништавост оснивачког акта и регистрације оснивања, који предвиђа српско право, имао је пре свега циљ да усклади домаће са европским правом. У томе се углавном и успело. Ипак, уколико се систем ништавости у српском праву посматра као део цело-

71 Стога су у једном таквом случају одбили тужбени захтев као неоснован јер је тужбом било као тужени наведено само привредно друштво за чији се оснивачки акт (уговор о оснивању и регистрацији) захтевало утврђење ништавости. Пресуда Врховног суда Србије, Прев. 473/2008 (1) од 5.3.2009, *Судска пракса трговинских судова – Билтен*, бр. 1/2009, доступно у бази *ParagrafLex*.

72 И немачка теорија истиче да су последице ништавости исте у унутрашњим као и у спољним односима, те чланови друштва такође имају права која остварују на основу ликвидације, а не на основу повраћаја у пређашње стање. Вид. А. Vaumbach, А. Hueck, 2091.

73 Б. Станић, 331.

витог система оснивања и контроле привредних друштва, тада је јасно да постојећи систем није обезбедио неопходну правну сигурност.

Напротив, предвиђени систем контроле представља релативно благу заштиту од могућих неправилности приликом оснивања привредног друштва, а установљени режим ништавости не представља заокружену и систематску целину, већ повод за бројне недоумице и изузетно значајна концепцијска разликовања у практичној примени. Притом примена института ништавости у српској пракси не представља крајње средство, већ редован механизам решавања бројних неправилности приликом оснивања привредних друштава. То указује на слабости у систему контроле оснивања. Стога би основни задатак реформе компанијског права у Србији требало да има у виду измене у постојећем систему контроле оснивања привредних друштава.

Осим тога, у српском праву би било пожељно јасније уредити постојећи систем ништавости. Првенствено би га концепцијски требало одредити као ништавост оснивања привредног друштва. Тако дефинисана ништавост би морала да обухвати све пропусте приликом настанка друштва, а притом се не ограничавајући ни на правни основ (оснивачки акт), нити на сам поступак регистрације. Такође би требало да се отклоне недоумице у погледу могућности накнадне ништавости, као и да се јасније санкционишу други недостаци који не доводе до ништавости а постоје приликом оснивања или се појављују накнадно.

Сматрамо да тренутно у српском праву постоје *два одвојена режима* и да међу њима нема места паралелној, ни сходној, ни алтернативној примени услова за утврђење ништавости. Ипак, имајући у виду различиту праксу, треба предвидети или јединствени режим ништавости оснивања, или паралелне системе који ће стајати у јасној међусобној вези.

Режим ништавости мора да има исту последицу: обавезну ликвидацију са дејствима само за будућност. Притом је пожељно да правила која се односе на принудну ликвидацију буду измењена или примењена према постојећим одредбама, будући да се од доношења Закона о привредним друштвима те одредбе и даље не примењују у пракси.⁷⁴ Најзад,

74 Вид. званично обавештење Агенције за привредне регистре, према коме се примена одредби чл. 546-548 ЗОПД које се односе на покретање поступка принудне ликвидације одлаже у складу са Мишљењем Министарства економије и регионалног развоја бр. 011-00-163/2012-06 од 8.6.2012. године. Обавештење је доступно на званичном сајту Агенције www.apr.gov.rs, 1.3.2017.

рокови у којима се утврђује ништавост били би пожељни, ради извесности и сигурности у правном промету.

Tatjana JEVREMOVIĆ PETROVIĆ, PhD
Associate Professor at the Faculty of Law University of Belgrade

NULLITY OF THE ARTICLES OF INCORPORATION IN SERBIAN COMPANY LAW

Summary

The focus of this paper are provisions related to nullity of the articles of incorporation in Serbian Company Law. The existing regime is analyzed and compared with provisions related to nullity of the registration of the incorporation procedure and their separate function and conditions are underlined. Existing regime of the Serbian Company Law was adopted under the influence of the EU Company Law Directive dealing with the nullity of a company. Nevertheless, although most conditions related to nullity were adopted, their common use in practice is often ambiguous.

This paper points to the existing concerns and problems in practical application of existing solutions. Therefore, the author suggests changes that would contribute to more comprehensive, systematic and clearer regulation of the regime of nullity of the articles of incorporation. However, it is pointed out that the nullity must be the ultimate instrument of protection of the interests of the persons concerned, which is why it is necessary to improve the existing system of control of incorporation and registration of companies.

Key words: *nullity, company, articles of incorporation, registration, control.*