

Dr Mirko Vasiljević¹

AFFECTIO SOCIETATIS I PRAVO PRIVREDNIH DRUŠTAVA

ORIGINALNI NAUČNI RAD

Apstrakt

Pojam *affectio societatis* u pravu privrednih društava izaziva dosta kontroverzi. Najpre, u pogledu toga da li uopšte postoji kao institut. Zatim, ako se i priznaje njegovo postojanje, i u pravnoj teoriji i u sudskoj praksi različito se gleda na njegovu ulogu. O tom institutu najviše je raspravljala francuska pravna doktrina i sudska praksa, kao i o institutu kauze, dok druga relevantna prava, poput nemačkog, britanskog, švajcarskog, ne prepoznaju ni jedan ni drugi institut. Srpska regulativa privrednih društava ne prepoznaje institut *affectio societatis* kao imenovani institut, ali se ipak otvara pitanje da li se može pretpostaviti da on postoji, kao nešto poput instituta kauze, koji, istina, srpski zakonodavac imenuje ali ne zahteva njegovo izričito navođenje u ugovoru s obzirom na to da se može pretpostaviti (oboriva pretpostavka) da postoji i da ima značaj opšteg uslova za zaključenje ugovora, poput drugih takvih opštih uslova (sposobnost ugovornih strana, saglasnost izjavljenih volja ugovarača, dopušten i dozvoljen predmet, kauza-osnov i propisana ili ugovorena forma).

U ovom radu raspravlja se pitanje pojmovnog određenja ustanove *affectio societatis* i konstatuje da ona ima subjektivno određenje (zajednička volja zaključenja ugovora o osnivanju privrednog društva i sticanja statusa člana tog društva) i objektivno određenje (unošenje određenog uloga za vršenje određene delatnosti radi sticanja dobiti uz zajednički rizik). Na ovim osnovama konstatuje se da je ovo institut drugačiji od drugih opštih uslova za zaključenje ugovora, pogotovo od instituta saglasnosti izjavljenih volja ugovarača i instituta kauze. Najzad, zaključuje se da se postojanje *affectio societatis* u ugovoru o osnivanju privrednog društva može i pretpostaviti utvrđivanjem njegovog i subjektivnog i objektivnog segmenta

¹ Profesor emeritus, Univerzitet u Beogradu - Pravni fakultet: imejl: vaske@ius.bg.ac.rs.

Rad primljen: 25.3.2025.

Rad prihvaćen: 7.4.2025.

(utvrđivanje zajedničke namere ugovarača) i, ujedno, naglašava važnost postojanja zbog višestruke uloge.

Uloga instituta *affectio societatis* može se sintetizovati u tri polja. Prvo, razgraničenje privrednog društva od drugih organizacionih formi koje mogu imati i prirodu nekog društva, ali ne privrednog, pravno valjanog (građansko društvo, društvo kreirano kao faktičko, tajno društvo) ili ne (fiktivno društvo, postojanje fiktivnog člana, simulovani ugovor). Drugo, razgraničenje ugovora o privrednom društvu od drugih ugovora koji mogu imati neke elemente ovog društva ali ne i sve (ugovor o radu, ugovor o kreditu ili zajmu, ugovor o depozitu, ugovor o konzorcijumu, ugovor glavnog izvođača i podizvođača i slično). I, treće, razgraničenje privrednog društva od drugih organizacionih formi (ekonomska interesna grupacija, udruženje, poslovno udruženje, zadruga, zadužbina, sindikat banaka, pul osiguranja i slično). Time se institutu praktično daje status izjednačen s prirodom drugih opštih uslova za zaključenje ugovora o privrednom društvu i drugih bitnih elemenata ovog ugovora, čiji izostanak može voditi i ništavosti ovog ugovora i na njegovoj osnovi nastalog privrednog društva; institut *affectio societatis* je inače krajnje redak u pravu privrednih društava zbog pravne sigurnosti svesnih trećih lica koja posluju s društvom.

Ključne reči: pojam *affectio societatis*, uloga *affectio societatis*, privredno društvo, ugovor o osnivanju društva, ništavost društva.

I Zakonski okvir

Pitanje pojmovnog određenja instituta *affectio societatis* i njegovog značaja za ugovor o osnivanju privrednog društva i privredno društvo u svakom slučaju kao polazište zahteva zakonsko određenje. U tu svrhu relevantan je i matični Zakon o privrednim društvima Srbije.² Na prvom mestu određenje pojma privrednog društva: „Privredno društvo je pravno lice koje obavlja delatnost u cilju sticanja dobiti.”³ Na drugom mestu određenje forme osnivačkog akta: „Osnivački akt... sačinjava se u pisanoj formi i registruje u skladu sa zakonom o registraciji.”⁴ Naposljetku, određenje instituta ništavosti osnivačkog akta: „Osnivački akt ništav je ako:

- 1) nema formu propisanu ovim zakonom ili
- 2) je delatnost društva koja se navodi u osnivačkom aktu suprotna prinudnim propisima ili javnom poretku ili
- 3) ne sadrži odredbe o poslovnom imenu društva, ulozima članova, iznosu osnovnog kapitala ili pretežnoj delatnosti društva ili

² Zakon o privrednim društvima Srbije – ZOPD, *Službeni glasnik RS*, br. 36/11, 99/11, 83/14 – dr. zakon, 5/15, 44/18, 95/18, 91/19, 109/21.

³ ZOPD, čl. 2.

⁴ ZOPD, čl. 11, st. 8.

4) su svi potpisnici u trenutku zaključenja osnivačkog akta bili pravno ili poslovno nesposobni.

Osim iz razloga propisanih u stavu 1 ovog člana, osnivački akt ne može se oglasiti ništavim po drugom osnovu.”

Pojmovno određenje privrednog društva u srpskom kompanijskom zakonu, kao i određenje forme osnivačkog akta društva i, konačno, određenje bitnih elemenata ovog osnivačkog akta koji su jedini podobni da kao pravnu posledicu, u slučaju nepostojanja nekog od njih, proizvedu ništavost tog akta, otvaraju važno, ne samo teorijsko pravno već i praktično pravno pitanje pravne relevantnosti u ovom smislu instituta *affectio societatis* u srpskom kompanijskom pravu, koji se kao takav i sa određenim pravnim dejstvom pojmovno ne pojavljuje u za ove potrebe relevantnom srpskom kompanijskom pravnom izvoru prava. Slične dileme otvarane su i u francuskoj pravnoj teoriji⁵ i sudskoj praksi, s obzirom na to da relevantni francuski pravni izvori takođe ne imenuju izričito institut *affectio societatis* kao bitan element ugovora o osnivanju trgovačkog (privrednog) društva.⁶ Reč je o francuskom Građanskom zakoniku (*Code civil*), koji definišući u jednoj odredbi pojam trgovačkog društva to doista ne sadrži, ali istovremeno u drugoj odredbi definiše ciljnu funkciju trgovačkog društva iz koje nesumnjivo sledi da se ovaj institut pretpostavlja.⁷

II Pojam *affectio societatis*

Pojmovno određenje instituta *affectio societatis*, kao i njegovu pravnu relevantnost za ugovor o osnivanju privrednog društva i kvalifikaciju privrednog

⁵ Vid. Ivan Tchoutourian, *Vers une définition de l' affectio societatis lors de la constitution d' une société*, Paris, 2011; Vincent Cuisinier, *L' affectio societatis*, Paris, 2008; Zdzisław A. Neubauer, *L' affectio societatis dans la sociétés de capitaux*, thèse, Lille, 1994.

⁶ Za ove svrhe francuska pravna teorija (i sudska praksa) referišu se na neke odredbe Code civil-a: „Društvo se osniva od strane dva ili više lica koji saglasno ugovaraju da izvrše određeni poduhvat imovinom ili radom u cilju deobe dobiti ili uštede troškova koji iz toga nastanu.

Društvo se može osnovati, u slučajevima predviđenim zakonom, i aktom volje samo jednog lica.

Članovi društva se obavezuju da snose gubitke društva.” (article 1832)

„Društvo može obavljati zakonom dozvoljenu delatnost i biti osnovano u zajedničkom interesu članova. Društvom se upravlja u interesu društva, uzimajući u obzir pitanja društva i životne sredine svoje delatnosti.” (article 1833)

„Ništavost društva može nastati samo po osnovu povrede odredaba člana 1832... i odredaba člana 1833 ili pri postojanju nekog od osnova ništavosti ugovora uopšte.

Za svaku odredbu koja je suprotna imperativnim odredbama ovog dela-naslova (titre), čija povreda nije sankcionisana ništavošću društva, smatra se da nije ni napisana.

Ništavost akata ili odlučivanja organa društva može nastati samo po osnovu povrede imperativnih odredaba ovog dela-naslova, izuzimajući poslednju alineju člana 1833, ili nekog osnova ništavosti ugovora uopšte,” (article 1844-10)

⁷ Upor. Code civil (1804, 2022), article 1832–1833 i article 1844–10; tako i : Code de commerce (1807, verzija na snazi 2025), article 235-1. Viš: I. Tchoutourian, 165–179.

društva, pravna teorija ne čini na uniforman način, te se definicija ovog pojma ne može dati na siguran i jedinstven način. Izvesno je da je taj latinski pojam tvorevina pravne teorije i sudske prakse (bez uniformnog određenja i s bogatstvom poimanja, uključujući i negiranje njegove svrsishodnosti) te u tom smislu ima svoju originalnost.⁸ O tom institutu najviše je pisala francuska pravna teorija, nastojeći da u relevantnoj pravnoj regulativi nađe njegov izvor. Za ove svrhe najčešće se poseže za odredbom člana 1833 francuskog Građanskog zakonika (*Code civil*), koja propisuje da se „društvo osniva u zajedničkom interesu članova“, pri čemu deo teorije nalazi da je upravo taj „zajednički interes“ sinonim pojma *affectio societatis*, dok drugi pod ovim pojmom vide „nameru (volju) udruživanja“.⁹ „Zajednički interes“ se određuje kao interes celine članova da iz kolektivne dobiti povlače individualnu dobit. Taj interes konstituišu dva elementa: stvaranje profita društva i njegova podela među članovima na ravnopravnoj osnovi. U tom smislu smatra se da postoji „zajednica interesa članova“, gde se nalazi njihov interes, tako da postoji blizak odnos „zajedničkog interesa“ i „interesa društva“.¹⁰ Ipak, i pored te bliskosti i, po nekim gledanjima, čak i asimilacije „zajedničkog interesa“ i „interesa društva“, skorija sudska praksa se sve više izjašnjava u prilog autonomije pojma „zajednički interes“. U svakom slučaju, „zajednica interesa članova“ pretpostavlja voljno udruživanje članova i odlikuje se, po pravilu, aktivnim i zainteresovanim pristupom, konvergencijom interesa¹¹ i ravnopravnošću članova (otuda nedozvoljenost klauzula *leonina* – lavovske klauzule).¹²

⁸ Patrick Serlooten, „L' affectio societatis, une notion à revisiter“, *Mélange en l' honneur de Yves Guyon*, Paris, 2003, 1007–1017.

⁹ Neki autori govore o nejasnoći ovog pojma i određuju ga kao „volju za udruživanjem“, odnosno kao saglasnost volja svih učesnika ugovora o osnivanju privrednog (trgovačkog) društva, te ako u ovom smislu i postoji u svakoj formi društva, uključujući čak i jednočlano društvo, njegov sadržaj je varijabilan u zavisnosti od posebne motivacije članova, te ako i nastane s bliskošću članova „lakat uz lakat“ može završiti i „leđa uz leđa“. Dodaje se da je zajedničko pravilo u svim društvima da svaki član društva ima pravo učešća u upravljanju društvom, te učešća u donošenju kolektivnih odluka, bez posebnog sankcionisanja, izuzimajući eventualnu zloupotrebu prava manjine. Smatra se takođe da onaj ko kupuje akciju na berzi nema nikakvu nameru učešća u poslovima društva, već je samo prosto investitor („onaj koji kupuje jednu akciju radi nadziranja šta se dešava u društvu, da li taj ima dušu udruživanja“ – razlika između člana „kontrolora“ i člana samo investitora): Vid. Maurice Cozian, Alain Viandier, Folrence Deboissy, *Droit des sociétés*, Paris 2006, 64–65. Autori koji ovaj pojam definišu kao „nameru udruživanja“ nalaze da francuski Građanski zakonik u definiciji pojma trgovačkog društva ne sadrži izričito ovaj element (*Code civil*, art. 1832), ali smatraju da izostanak *affectio societatis* vodi nepostojanju društva: Phillipe Merle, Anne Fauchon, *Droit commercial – sociétés commerciales*, Paris, 2001, 60–62. Drugi pak dodaju da to nije ni pojam „zajedničkog poduhvata“ iz ove iste odredbe francuskog *Code civil*-a: Paul Le Cannu, Bruno Dondero, *Droit des sociétés*, Paris, 2012, 58–62. Konačno, neki ističu da francuska sudska praksa daleko izraženije od ove odredbe *Code civil*-a, ističe da nema društva bez „namere (volje) udruživanja“, koju nazivaju *affectio societatis*: Yves Guyon, *Droit des affaires*, Tom I – *Droit commercial général et sociétés*, Paris, 2003, 130.

¹⁰ I. Tchotourian, 171–172; Dominique Schmidt, „De l'intérêt commun des sociétés“, *J.C.P.*, 1994, I, 440.

¹¹ *Affectio societatis* je „volja udruživanja, prihvatanje zajedničkog interesa i konvergencija interesa“: Joseph Hamel, Gaston Lagarde, Alfred Jauffret, *Droit commercial*, Tome I, 2 édition, 2 volume, Paris, 1980, 52.

¹² Y. Guyon piše o četiri modaliteta „zajedničkog interesa“ koji odlikuje *affectio societatis*: prvo, voljni karakter saradnje između dvaju lica koji se smatra dominantnim; drugo, učešće u upravljanju koje se smatra

Intenzitet namere udruživanja zavisi od vrste društva – ako je rizik ortaka veći (neograničena odgovornost), *affectio societatis* je jače izražen. Što je društvo manje, čvršća je veza osnivača i članova društva s društvom. Čak i unutar istog društva *affectio societatis* nije uvek podjednako izražen kod svih članova (npr. akcije sa pravom glasa i bez prava glasa,¹³ kupovina akcija na berzi ili udela u zatvorenim društvima, imenovani-privremeni akcionar koji nosi akcije drugog – stvarnog akcionara,¹⁴ status komanditora, manjinski i većinski članovi i slično).¹⁵ *Affectio societatis* ne postoji samo kod osnivanja društva već i tokom trajanja društva, onoliko dugo koliko društvo postoji (generalno), odnosno do trajanja članstva u društvu (pojedinačno) i mora da postoji kod svakog člana društva.¹⁶ Kao *affectio societatis*, „zajednički interes“, dakle, postoji kod svih članova i kod svih društava, s tim što je njegov intenzitet različit¹⁷ (postoje, međutim, različita gledanja oko toga da li postoji kod jednočlanih društava, jer kao što je „jednočlano društvo“ *contradictio in adiecto*, to je takođe i „zajednički interes“ kod ovog društva – pristalice postojanja smatraju da se kod ovog društva „zajednički interes udruživanja“ može posmatrati kao interes osnivanja društva i sticanja statusa člana tog društva).¹⁸

Za razliku od francuskog zakonodavca, koji i pored određenih nepreciznosti određenja pojma *affectio societatis*, upotrebom pojmova kao što su naročito „zajednički poduhvat“, „zajednički interes“, daje prostora za prepoznavanje ovog instituta,¹⁹ srpski kompanijski zakonodavac je daleko restriktivniji u tom pogledu jer se ovaj institut ne može svakako prepoznati iz definicije pojma privrednog društva, kao ni iz određenja ništavosti osnivačkog akta, ali bi se eventualno određeni obrisi instituta

dominantnim; treće, konvergencija ili divergencija interesa koji je bitni element kvalifikacije i, četvrto, odsustvo postojanja subordinacije između članova što omogućuje takvu kvalifikaciju. Y. Guyon, 133–136.

¹³ U vezi s ovim akcijama bez prava glasa postavlja se pitanje da li su akcionari koji poseduju samo ove akcije članovi društva ili ne i da li poseduju *affectio societatis* jer ne učestvuju u upravljanju društvom, kao bitnom odlikom za postojanje *affectio societatis* koji odlikuje članove društva. Odgovor francuske pravne teorije je ipak pozitivan jer postoje svi drugi elementi ovog instituta, a postoji i potencijalna mogućnost konverzije ovih akcija u akcije sa pravom glasa i time i pravom upravljanja. U svakom slučaju na pitanje da li akcionari imaju *affectio societatis* francuska pravna teorija odgovara pozitivno, čak i ako sasvim ignorišu učešće u upravljanju ili kontroli, jer akcionar kupujući akcije prihvata statut društva i jednu specifičnu uniju interesa u tom društvu. Vid. J. Hamel, G. Lagarde, A. Jauffret, 54, 58.

¹⁴ Frederic Pollaud-Dulian, „L'actionnaire dans les opérations de portage“, *Rev. soc.* 1999, 765.

¹⁵ Y. Guyon, 133; Ph. Merle, A. Fauchon, 60–62; M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, 64–66.

¹⁶ Y. Guyon, 132.

¹⁷ O nijansama odnosa „zajedničkog interesa“ i *affectio societatis*, njihovom izjednačavanju, bliskosti, te gledanju na *affectio societatis* kao na širi pojam od pojma „zajednički interes“, u smislu da je „zajednički interes“ samo jedan od kriterijuma procene postojanja *affectio societatis*, te stavu da je moguće postojanje *affectio societatis* i bez postojanja „zajedničkog interesa“ i, obrnuto, da je moguće postojanje „zajedničkog interesa“ bez utvrđivanja postojanja *affectio societatis*, vid. I. Tchotourian, 171–176.

¹⁸ P. Serlooten, 1012.

¹⁹ Georges Naffah, „L'affectio societatis, un critère qui n'en est pas un“, *Mélange en l'honneur de Jean-Jaques Daigre*, Paris, 2017, 235–236.

mogli pročitati iz same ugovorne prirode osnivačkog akta privrednog društva²⁰ (osim jednočlanog društva), pogotovo iz osnivačke faze njegovog nastanka. Čini se da se snažan argument u prilog prepoznavanju ovog instituta u srpskom kompanijskom pravu može pronaći u institutu „prestanka društva po odluci suda“ u slučaju ozbiljnih

²⁰ Opšti uslovi ugovornog prava koji se traže za punovažnost ugovora (upor. Slobodan Perović, *Obligaciono pravo*, Beograd, 1980, 245–366; Marija Karanikić Mirić, *Obligaciono pravo*, Beograd, 2024, 200–353) zahtevaju se podjednako i za ovaj ugovor, budući da i on ima *obligaciona dejstva* – materijalni uslovi (*spособnost ugovornih strana* – isključenost maloletnika i punoletnih lica lišenih poslovne sposobnosti ili ograničene poslovne sposobnosti; *predmet* – dozvoljenost i određenost, *saglasnost volja* – bez zablude, pretnje i prinude, *kauza* – osnov) i formalni uslovi (formalizam – pismena forma, overa potpisa, upis u propisani registar i objava). Mane volje u nastanku ugovora o osnivanju privrednog društva mogu biti značajne za njegovu sudbinu, pogotovo zabluda (o predmetu, o ličnosti), ugovor može biti simulovan i fiktivan – koji je često prevaran („društvo fasada“). Za razliku od opštih pravila ugovornog prava, koja važe za ugovore koji imaju obligaciona dejstva, budući da ovaj ugovor može da ima i *statusna* – *institucionalna dejstva* (kada na njegovoj osnovi nastaje privredno društvo kao pravni subjekt), u ovom ugovoru ima i određenih posebnih pravila koja proizlaze iz ovog dejstva. Ipak, ugovorna priroda ovih društava dominira kod društava lica, dok institucionalna priroda dominira kod društava kapitala, pogotovo kod akcionarskog društva, čime se omogućuje da ova društva funkcionišu *tehtnikom rada organa društva*, jer njima nakon osnivanja upravljaju organi, a ne osnivači i docniji članovi (akcionari). Ovo je, međutim, u potpunosti tačno za akcionarsko društvo sa javnim upisom akcija, koje i na ovaj način ispoljava sve odlike društva kapitala, ali ne i za društvo sa ograničenom odgovornošću (i delom i za akcionarsko društvo bez javnog upisa akcija) koje i nakon osnivanja zadržava dosta ličnih karakteristika, tako da su umesto organa društva, ipak, često u funkciji članovi ili akcionari društva (o ugovornoj i institucionalnoj koncepciji privrednog društva i stavu da je ono po svojoj prirodi i ugovor i institucija: Ph. Merle, A. Fauchon, 32–34). Drugi autori govore da je privredno (trgovačko) društvo ugovor po svom nastanku, a institucija s pravnim subjektivitetom po svom funkcionisanju (mada ugovorni elementi ne iščekavaju u potpunosti ne samo kod društava lica kod kojih i pored subjektiviteta društva skoro u potpunosti opstaju i tokom trajanja društva, već u dobroj meri i kod društva s ograničenom odgovornošću – slučaj kad se traži jednoglasnost za promenu osnivačkog akta), pogotovo kod društava kapitala, kod kojih vlada „zakon većine“, te je teško prihvatiti da se to uklapa u teoriju ugovora, kao i sâm pravni subjektivitet koji od društva čini „pravno biće“ i, naročito, kontinuitet društva i osnivanje s namerom trajanja (vid. P. L. Cannu, B. Dondero, 165–171).

Institucionalna teorija privrednog društva ima i neke posebne forme: teorija organizacije preduzeća (potvrda je forma jednočlanog društva koje se ne uklapa ni u ugovornu osnovu nastanka privrednog društva), teorija kolektivnog akta (odlikuje je stav o konvergenciji više konstitutivnih interesa). Vid. P. L. Cannu, B. Dondero, 175–179. Upravo ta statusna svojstva i čine ovaj ugovor specifičnim u odnosu na ugovore koji imaju samo obligaciona svojstva (po pravilu, ugovorom osnovano društvo traje neodređeno vreme, društvo ima neke korporacijske organe, ugovor se registruje, moguće je isključenje člana i istupanje člana iz društva, moguć je spor člana društva s drugim članom kao ugovornom stranom ali i sa društvom, ugovor se može promeniti i većinskom voljom, podrazumeva različitost prava članova, neravnopravnost članova uz ravnopravan tretman, prava manjinskih članova, dejstvo prema trećim licima, prinudni prestanak, sužene osnove ništavosti, dejstvo ništavosti *pro futuro*, prinudnu likvidaciju društva po osnovu ništavosti).

Dominantnost ugovorne teorije privrednih društava u francuskoj teoriji podupire i francuski zakonodavac (*Code civil* definiše u članu 1832 *privredno društvo kao ugovor*, uz istovremeno proširenje cilja-kauze privrednog društva), dok srpski zakonodavac privrednih društava daje koncesiju institucionalnoj teoriji („*privredno društvo je...pravno lice*“ – ZOPD, član 2), što je upravo francuski zakonodavac, ne bez razloga, želeo da izbegne, a što ne znači da upravo institucionalna teorija ne čini most ka jednočlanom društvu, govoreći time u prilog potrebi dopunjavanja ove dve teorije: P. L. Cannu, B. Dondero, 26, 171–186.

nesporazuma među članovima društva koji parališu funkcionisanje društva (prestanak postojanja *affectio societatis*), kao i institutu istupanja člana društva iz društva (prestanak postojanja *affectio societatis* kod takvog člana društva).²¹ I pored toga, srpska pravna teorija uglavnom i ne daje ovom institutu prirodu bitnog opšteg uslova nastanka privrednog društva (osim izuzetno),²² poput određenja drugih opštih uslova ugovora o osnivanju bilo koje forme ovog društva koji slede iz zakonskog oblikovanja ništavosti osnivačkog akta.²³

III Subjektivno (klasično) i objektivno (moderno) određenje pojma *affectio societatis*

Određenje pojma *affectio societatis* u tradicionalnom smislu u francuskom pravu (zakonodavstvu, pravnoj teoriji i praksi), koje i promovise ovaj institut u kontekstu ugovora o osnivanju trgovačkih društava, kao što to proizlazi iz navedene sumarne analize, jeste subjektivno poimanje.²⁴ Pojmovi „zajednički interes“, „zajednički poduhvat“, namera (volja) osnivanja trgovačkog društva pripadaju psihološkoj sferi ljudske aktivnosti. Francuska pravna teorija je svesna teškoća dokazivanja takve namere (volje), te pledira da dokazi postojanja *affectio societatis* mogu proizlaziti iz različitih indicija (indirektni dokazi), koje uglavnom slede nakon zaključenja takvog ugovora, a kvalifikacija koju takvom pravnom poslu daju same ugovorne strane ne mora vezivati sudije, dok pobijanje kvalifikacije koje one daju svom pravnom poslu mora biti zasnovano na „posebno karakterističnim elementima“,²⁵ što se pak pokazuje naročito važnim pri razgraničenju ovog pravnog posla od nekad bliskih instituta, poput faktičkog društva, društva kreiranog kao faktičko ili fiktivnog društva.

Uviđajući krhkost i ranjivost subjektivnog određenja pojma *affectio societatis*, francuski pravni pisci više posežu za objektivnim poimanjem ugovora o osnivanju trgovačkog društva (time i postojanja ili nepostojanja *affectio societatis*) i njegovom kvalifikacijom na bazi postojanja takvih elemenata: postojanje uloga u društvo²⁶ i raspodela rezultata poslovanja društva (učešće u dobiti – dividenda, snošenje rizika

²¹ ZOPD, čl. 118, 138, 239, 469 i 121, 187–188, 192.

²² Upor. Nebojša Jovanović, Vuk Radović, Mirjana Radović, *Kompanijsko pravo – pravo privrednih subjekata*, Beograd, 2020, 112–113; suprotno: Mirko Vasiljević, Tatjana Jevremović Petrović, Jelena Lepetić, *Kompanijsko pravo – pravo privrednih društava*, Beograd, 2023, 104–105.

²³ Upor. ZOPD, čl. 2, 11 i 13.

²⁴ To najbolje ilustruje formula da je „*affectio societatis* namera biti u društvu i ponašati se kao član društva“. Ističe se, pritom, da to nije samo trenutna volja pri osnivanju društva ili pri docnijem ulasku u društvo, već je konstantna volja tokom trajanja članstva u društvu: Jean François Barbèri, „Le retour sur l' *affectio societatis*, une intention mal aimée“, *Mélange en honneur de Patrick Serlouten*, Paris, 2015, 289–296.

²⁵ P. Le Canu, B. Dondero, 58–59.

²⁶ „L' *affectio societatis*, koji se procenjuje prema momentu osnivanja društva, ne može biti negiran ne unosom uloga u društvo, što samo čini takvog člana dužnikom prema društvu, za koji je preuzeo obavezu

poslovanja).²⁷ Osim toga, ističe se da su mnogi članovi društava kapitala (pogotovo manjinski i naročito kod kotiranih akcionarskih društava gde je pri kupovini akcija na berzi u osnovi ugovor o investiranju, a ne ugovor o trgovačkom društvu) u suštini pasivni članovi (po samom zakonu su to i inače akcionari sa akcijama bez prava glasa) i ne učestvuju u upravljanju društvom (ostaju ipak prava informisanja i latentne kontrole, naročito institucionalnih investitora) u kom glasačka prava zavise od procenta kapital učešća – „glasanje po kapitalu” – nema jednakosti (ovo je moguće ugovoriti i kod društava lica, što je ipak ređi slučaj zbog svoje rizičnosti, te je pravilo „glasanje po glavama”). Takođe, *affectio societatis* po samom svom pojmu „zajedničkog interesa i namere udruživanja” isključen je i besmislen kod jednočlanog društva (ali shvaćen u smislu volje osnivanja društva ima svoj *ratio*). Najzad, neki autori smatraju da je *affectio societatis* u osnovi volja da se stupi u privredno društvo, te i ne može služiti kao karakteristični (bitni) element definicije samog pojma trgovačkog (privrednog) društva jer je to „začarani krug” (*cercle vicieux*).²⁸

Okretanje dobrog dela francuske pravne teorije ka objektivnom određenju pojma člana trgovačkog društva i time određenja ugovora o njegovom osnivanju, na podlozi navedenih ključnih razloga (argumenata), ipak nije sasvim zasenilo subjektivno određenje pojma člana trgovačkog društva i na toj osnovi kreiranog instituta *affectio societatis*. Naime, i pokušaj određenja člana trgovačkog društva na osnovu objektivnih karakteristika (postojanje uloga u društvo i na toj osnovi sticanja članskih prava u društvu – imovinskih i neimovinskih-političkih) ima snažne protivargumente koji osnažuju opstajanje instituta *affectio societatis* i njegovo subjektivno određenje. Članstvo u društvu može se, naime, steći i bez ključnog objektivnog elementa – postojanje uloga u društvo – institut besplatnih akcija, na primer. Takođe, ne vodi svaki ulog u neki ekonomski poduhvat nastanku trgovačkog društva, što je osnova njegovog razgraničenja od nekih bliskih instituta (društvo kreirano kao faktičko, građansko društvo, fiktivno društvo, udruženje, ugovor o zajmu, kooperative i slično), a za ove svrhe postojanje instituta *affectio societatis* sa subjektivnim određenjem ima svoju svrsishodnost. Stoga institut *affectio societatis* i dalje egzistira u većinskoj francuskoj pravnoj teoriji (neki čak govore o „renesansi *affectio societatis*-a”)²⁹ i sudskoj praksi, imajući time stvarnu i efektivnu ulogu, iako limitiran na višečlana društva (pojmovno kao takav isključen kod jednočlanog).³⁰ Ispravno je u francuskoj pravnoj teoriji zapaženo da je kritika ustanove *affectio societatis* najviše nastala na osnovu gledanja na njega kao na uniforman institut (jedinствен – monistička

unosa” – Cour de Paris, 10 mars 2004, Rev. Sociétés 2004, n. 1002, u: Jean – Paul Valuet, Alain Lienhard, Pascal Pisoni, *Code des sociétés et des marchés financiers – Commenté* 23 édition, Paris, 2007, 8.

²⁷ P. Le Cannu, B. Dondero, 65.

²⁸ A. Viandier, *La notion d'associé*, LGDJ, Paris, 1978, n. 77.

²⁹ Y. Guyon, 131.

³⁰ P. Le Cannu, B. Dondero, 66.

konceptija), dok je on u suštini višeslojan (multiforman – pluralistička koncepcija).³¹ On je istovremeno „i pokazatelj postojanja trgovačkog društva, regulator života društva i sredstvo razlikovanja člana društva od srodnih situacija“.³²

IV Uloga *affectio societatis* – razgraničenje trgovačkog društva od drugih izabranih (važnijih) srodnih ustanova

Affectio societatis ima višestruku ulogu u životu trgovačkog društva, odnosno u njegovom pravnom određenju, i to najmanje trostruku. Najpre, u kvalifikaciji postojanja društva ili njegovog nepostojanja (pogotovo razgraničenje od fiktivnog društva ili razgraničenje od društva kreiranog kao faktičko ako trgovačko društvo nema subjektivitet).³³ Zatim, u razgraničenju ovog ugovora od drugih ugovora s nekim klauzulama iz arsenala ugovora o privrednom društvu. Takođe, u razgraničenju trgovačkog društva od drugih formi udruživanja sa statusom pravnog lica ili formi udruživanja imovine bez statusa pravnog lica (forme nepodeljene imovine).³⁴ Najzad, ako se prihvati koncept postojanja i kod jednočlanog društva, posebna uloga volje kod osnivanja privrednog društva i postanka članom društva.³⁵

1. Kvalifikacija postojanja društva

Kad je reč o kvalifikaciji postojanja trgovačkog društva ili njegovog nepostojanja, potrebno je izvršiti razgraničenje od dva bliska instituta: društva kreiranog kao faktičko društvo i fiktivnog društva.

Na prvom mestu, pojam *affectio societatis* koji po subjektivnom određenju kvalifikuje trgovačko društvo blizak je pojmu društva osnovanog kao faktičko. Naime, ako kod određenog ugovora ima objektivnih elemenata da se kvalifikuje kao trgovačko društvo ili društvo osnovano kao faktičko (u francuskoj praksi se postojanje ovakvog društva vrši upravo na osnovu utvrđivanja postojanja *affectio societatis* pri deobi imovine nakon prestanka vanbračne zajednice),³⁶ a same ugovorne strane nisu imenovala (identifikovale) taj ugovor, onda se njegova kvalifikacija može zasnivati na ponašanju tih strana. Ispravno se u tom smislu kaže da *affectio societatis* nije neki autonoman pojam, ako to nije na osnovu namere ispoljene ponašanjem.³⁷

³¹ Y. Guyon, 132–136.

³² A. Viandier, 1978, n. 76.

³³ O spornosti: G. Naffah, 241–242.

³⁴ J. P. Valuet, A. Lienhard, P. Pisoni, 8.

³⁵ P. Serlooten, 1013–1017. O spornosti pojma *affectio societatis* kod jednočlanog društva: G. Naffah, 239–240.

³⁶ Prosta kohabitacija između vanbračnih partnera nije dovoljna za utvrđivanje postojanja društva, potrebno je prepoznavanje postojanja *affectio societatis* i drugih bitnih svojstava društva: Y. Guyon, 61; J. Hamel, G. Lagarde, A. Jauffret, 55–56.

³⁷ P. Le Cannu, B. Dondero, 59.

Na drugom mestu, potrebno je razgraničiti trgovačko društvo i fiktivno društvo. Društvo čiji članovi nemaju nameru da se ponašaju kao njegovi članovi samim tim nije trgovačko društvo već fiktivno društvo (na primer ako je neko lice samo pojavno član društva, a u stvari je pozajmljeno ime³⁸ ili eventualno prikriveno jednočlano društvo čije osnivanje po zakonu nije moguće, a kod kog nema namere udruživanja već samo korišćenja prednosti koje zakon daje članu ovog društva kao jednočlanog). Društvo čiji članovi nemaju nameru da se ponašaju kao članovi trgovačkog društva, dakle fiktivno društvo, kao takvo je ništavo³⁹ (uza svu relativizaciju postojanja, odnosno ublažavanja osnova koji vode ništavosti društava u kompanijskom pravu). Ništavost tog društva uz eventualnu kvalifikaciju kao fiktivnog izuzetna je iz više razloga: najpre, stvarnu nameru članova društva teško je dokazati, a zatim, kao što je rečeno, zavisno od faktičkih i pravnih okolnosti, postoje različiti stepeni *affectio societatis* a time i *intuitu personae* odnosa; zatim, odsustvo *affectio societatis* nije jedina odrednica koja vodi kvalifikaciji jednog društva kao fiktivnog i time ništavog (to može biti i prevara, pozajmljeno ime, simulovani posao, tajni ugovor druge prirode, tobožnji član bez ikakve namere udruživanja, zloupotreba prava i slično – kada se primenjuju druga pravila zavisno od datog osnova) i, najzad, društvo može postati fiktivno i tokom svog poslovnog života ispražnjeno od svoje supstance („društvo fasada“), kada važe pravila prestanka društva u zavisnosti od osnova takvog statusa. Najzad, izostanak *affectio societatis* koji potencijalno vodi fiktivnosti društva, može da postoji kako kod celog društva tako i kod pojedinih članova – fiktivni član, što prema okolnostima slučaja ne vodi ništavosti društva već prestanku statusa takvog člana u tom društvu.⁴⁰

2. Kvalifikacija ugovora o društvu i drugih ugovora

Institut *affectio societatis* ima važnu ulogu i pri razgraničenju trgovačkog (privrednog) društva i ugovora o osnivanju ovog društva od bliskih (srodnih) ugovora (koji katkad mogu biti kvalifikovani kao ugovori o društvu kreiranom kao faktičko i bez subjektiviteta).⁴¹ Ta uloga *affectio societatis* ima poseban značaj i u slučaju njegovog nepostojanja na planu smanjenja osnova ništavosti osnivačkog akta ovog društva i time i samog društva, s obzirom na to da je u sadržaju nekog posla moguće prepoznati drugi pravni posao koji je pravno valjan i koji odgovara stvarnoj volji ugovornih strana. Naime, često se događa da ugovorne strane zaključe određeni ugovor ne dajući mu kvalifikaciju pravne prirode ili dajući mu pogrešnu kvalifikaciju (na primer,

³⁸ Ph. Merle, A. Fauchon, 62.

³⁹ P. Serlooten, 1013–1014.

⁴⁰ P. Le Cannu, B. Dondero, 60–62; Ph. Merle, A. Fauchon, 60–66; M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, 64–66; I. Tchotourian, 21–194.

⁴¹ P. Serlooten, 1015–1016; G. Naffah, 237–238.

kvalifikujući ugovor o društvu kao ugovor o zajmu zbog rizika nemogućnosti povraćaja uloga), te je potrebno određivanje njegove prirode, s ciljem utvrđivanja zajedničke namere ugovornih strana. U svakom slučaju, privredno društvo se uvek bazira na ugovoru s posebnim karakteristikama (osnivači i članovi društva s posebnim članskim pravima u tom svojstvu u privrednom društvu),⁴² a nikad na samom zakonu ili drugom izvoru ili ugovoru koji nema karakteristike ugovora o osnivanju privrednog društva. Nesigurnost postavljanja granica između srodnih ugovora i pravilne kvalifikacije mogu voditi raznim prevarama (povoljniji poreski tretman i slično). Karakteristika saradnje i udruživanja koja odlikuje privredno društvo nije samo odlika osnivačkog akta ovog društva, ona se javlja i kod nekih drugih bliskih ugovora, ali ipak ima osobenu prirodu kod ugovora o društvu i daje ugovornim stranama svojstvo člana društva. I upravo postojanje *affectio societatis*, pre svega kao subjektivan pojam, najbolja je indikacija svojstva člana društva.

Na prvom mestu potrebno je razgraničenje ugovora o osnivanju privrednog društva i drugih ugovora koji za svoju karakteristiku imaju učešće u dobiti nastale na bazi predmeta tih ugovora. Ovde mislimo na ugovor o prodaji (klauzula o učešću prodavca u koristi proizvedene od predmeta prodaje – klauzula o varijabilnosti cene), ugovor o depozitu ili zajmu (učešće deponenta ili zajmodavca u koristi depozitara od predmeta depozita – varijabilna kamata umesto fiksne), ugovor o zakupu (klauzula o učešću zakupodavca od koristi zakupca iz predmeta zakupa).⁴³ Sve te situacije podsećaju na ugovor o privrednom društvu gde članovi društva ulažu neki ulog u društvo s pravom učešća u dobiti društva (ali i u riziku) nastale delatnošću društva. Kvalifikacija ugovora o društvu (često društvu kreiranom kao faktičko) kod ovih ugovora ne može postojati ako nema klauzule o učešću u dobiti i snošenju rizika. Takođe, same za sebe klauzule u tim ugovorima o učešću u dobiti ili klauzula o učešću u gubicima ne vode automatski kvalifikaciji ugovora kao ugovora o društvu. Dakle, ugovor o osnivanju privrednog društva uvek ima neki zajednički cilj osnivača („zajednički interes“) i izražen *affectio societatis* (subjektivno određenje kao zajednička namera ugovornika da budu članovi društva) koji ne postoji kao takav (postoje posebni interesi ugovornih strana) u ovim i drugim srodnim ugovorima⁴⁴ (*zajednički cilj i namera udruživanja*, kao i akti materijalizacije *affectio societatis* – učešće u dobiti i snošenje rizika, postojanje uloga, kao i učešće u upravljanju i kontroli – neophodni kvalifikativi za sticanje svojstva člana društva – ne postoje u ugovorima o prodaji gde prodavac i kupac u principu imaju odvojene ugovorne ciljeve po pravilu interesno suprotstavljene; isti je slučaj i kod ugovora o zakupu, ugovora o uslugama, ugovora o mandatu, ugovora o ostavi, ugovora o prevozu, ugovora o zastupanju, ugovora o koncesiji, ugovora o zajmu

⁴² P. L. Cannu, B. Dondero, 62–63.

⁴³ I. Tchotourian, 574–602.

⁴⁴ *Ibid.*, 483–602.

i kreditu, ugovora o razmeni, izdavačkog ugovora,⁴⁵ ugovora o udruživanju privrednih društava radi ostvarenja drugih ciljeva a ne dobiti, pri čemu zajednički cilj u smislu građanskog ili privrednog društva postoji kod ugovora o konzorcijumu i slično).⁴⁶ Takođe, kod tih ugovora nema učešća jedne ugovorne strane u poslovima upravljanja druge ugovorne strane („princip nemešanja” – osim kod ugovora o kreditu kod kog finansijska organizacija može da ugovori određene restriktivne kreditne klauzule koje zadiru u upravljanje društvom, kada je ponekad otvoreno pitanje da li se radi o kreditu ili ugovoru o društvu kreiranom kao faktičko),⁴⁷ a nema ni obaveze snošenja rizika nastalog u vezi s predmetom datog ugovora („nema zajedničkog rizika”). Kod ugovora o kreditu (zajmu) sa tim klauzulama važan element je i procena toga da li predmet ovih ugovora predstavlja ulog sa sticanjem svojstva člana društva ili zajam sa sticanjem svojstva zajmodavca (kreditora). Uz procenu prirode tih klauzula nezabobilazan element za kvalifikaciju ugovora jeste i subjektivno određenje postojanja ili nepostojanja *affectio societatis* (namera udruživanja i sticanja svojstva člana društva) za kvalifikaciju postojanja društva ili ugovora (o zajmu, kreditu).

Posebni osnovi razgraničenja sreću se kod ugovora o osnivanju privrednog društva i ugovora o radu. Naime, za razliku od drugih ugovora ugovornog prava (trgovačkih i građanskih), kod kojih u principu postoji ravnopravnost ugovornih strana (sa specifičnostima ugovora po pristupu, tipskih ugovora i slično), kod ugovora o radu javlja se načelo subordinacije poslodavca u odnosu na zaposlenog (i pored relativizacije ovog načela kod novih formi ugovora o radu), nasuprot tome član društva nije u subordiniranom položaju u odnosu na ostale članove (uprava društva koju čine članovi društva je ovlašćenik članova), u društvo stupa svojom voljom i sa postojanjem *affectio societatis* („zajednički interes”), uz ravnopravnost između članova a ne subordinaciju, i u tom svojstvu ne može dobijati naloge od uprave društva, niti učestvovati u kontroli i upravljanju društvom (ipak, moguće su neke forme participacije u upravljanju ili saodlučivanja po osnovu rada a ne po osnovu svojstva člana društva). Zaposleni u principu ima fiksnu ili delom varijabilnu (zavisno od rezultata rada) zaradu, ali je ona nezavisna od dobiti i rizika poslovanja društva (u redovnim okolnostima). U tim okvirima i na tim osnovama razgraničavaju se ugovor o društvu i ugovor o radu, pa i kad ugovor o radu sadrži klauzulu o učešću zaposlenih u delu dobiti društva (sličnost sa ulogom u radu). Ipak, takva klauzula ugovora o radu ne pretvara zaposlenog u člana društva s postojanjem *affectio societatis* (ipak učešće u dobiti i gubicima društva, kao bitne odrednice postojanja *affectio societatis*, daje mogućnost pobijanja pretpostavke statusa zaposlenog i postojanja statusa člana

⁴⁵ O razgraničenju ugovora o društvu i izdavačkog ugovora: Y. Guyon, 135; J. Hamel, G. Lagarde, A. Jauffret, 52–53; I. Tchotourian, 549–550.

⁴⁶ J. Hamel, G. Lagarde, A. Jauffret, 20–58; Y. Guyon, 93–129; M. Cozian, A. Viandier, 53–86; P. L. Cannu, B. Dondero, 63–80; I. Tchotourian, 552–571.

⁴⁷ Y. Guyon, 134–135.

društva), a status zaposlenog, za razliku od statusa člana društva, omogućuje mu poseban kišobran kolektivnih ugovora o radu i socijalne zaštite.

Čistu distinkciju između ugovora o radu i ugovora o privrednom društvu pored relativizacije načela subordinacije savremenim formama ugovora o radu u izvesnom smislu kvari i kumulacija svojstva zaposlenog i člana (akcionara) društva (akcionarstvo zaposlenih – participacija u vlasništvu društva), s tim što su različiti instituti (ugovor o radu i ugovor o sticanju akcija društva), te i različita prava (i obaveze) po osnovu svakog od njih pojedinačno posmatrano.⁴⁸ Ponekad ipak nije lako napraviti takvu distinkciju, zavisno od toga da li je zaposleni i većinski akcionar ili samo podjednaki.⁴⁹ Situaciju može još više da komplikuje mogućnost uloga u društvo u radu ili uslugama (društva slobodnih profesija, na primer). Ako je član takvog društva sa ulogom u uslugama (režiser filma) i ima učešće u dobiti samo po osnovu takvog uloga, onda nema ugovora o radu i takav član nije podvrgnut načelu subordinacije i uživa privilegiju ravnopravnosti sa ostalim članovima društva. Ako je takav član manjinski, moguća je situacija da ima efektivno manju moć od rukovodioca društva koji ima ugovor o radu.⁵⁰ U principu, smatra se da je u takvim slučajevima na onom ko smatra da je reč o trgovačkom (privrednom) društvu da i dokaže postojanje *affectio societatis*, mada neke odluke francuskih trgovačkih sudova zauzimaju stav da se taj dokaz može i pretpostavljati da postoji.⁵¹

3. Kvalifikacija privrednog društva i drugih srodnih instituta

Najzad, institut *affectio societatis* ima važnu ulogu i kod razgraničenja trgovačkog društva od drugih formi udruživanja sa statusom pravnog lica ili formi nepodeljene imovine bez statusa pravnog lica (npr. sanaslednici, stečajna masa, susvojina, zajednička imovina, ugovor između supružnika – bračni ugovor itd.).⁵²

Trgovačko (privredno) društvo i razne forme nepodeljene imovine imaju dodirnu tačku što njihova imovina predstavlja neku formu nepodeljene imovine. Tačka njihovog razgraničenja, međutim, nalazi se u činjenici da u formama nepodeljene imovine dominira individualni interes svakog od posednika i što se njima upravlja na bazi principa jednoglasnosti (ili preko izabranog ovlašćenika, čija su ovlašćenja svakako uža od ovlašćenja uprava privrednih društava) sa ciljem očuvanja vrednosti

⁴⁸ I. Tchotourian, 564–571.

⁴⁹ Francuska teorija ističe da se francuska sudska praksa u takvim slučajevima kumulacije ponekad zadovoljava malo načelom subordinacije, tako da prihvata da i većinski član društva može biti subordiniran upravi društva: P. L. Cannu, B. Dondero, 64.

⁵⁰ *Ibid*, 64–65.

⁵¹ Y. Guyon, 136.

⁵² G. Naffah, 237.

te imovine. S druge strane, privredno društvo jeste forma upravljanja nepodeljenom imovinom na kolektivni način, zavisno od prirode društva, sa lukrativnim ciljem uvećanja vrednosti i sticanja dobiti. Konačno, forme privrednog društva odlikuje pravni subjektivitet (osim društva kreiranog kao faktičko i u nekim pravima i nekih drugih formi, poput tajnog društva i slično), što u principu nije slučaj sa formama nepodeljene imovine. Ipak, forme nepodeljene imovine mogu biti organizovane i kao društva kreirana kao faktička, a ključni kriterijum za takvu kvalifikaciju njihovog statusa čini upravo utvrđivanje postojanja ili nepostojanja *affectio societatis* – utvrđivanje zajedničke namere ugovornika za udruživanjem radi lukrativnih ciljeva zajedničke eksploatacije nepodeljene imovine (kombinacija subjektivnog i objektivnog poimanja). U tom smislu se izjašnjavala i francuska sudska praksa, kao i vodeća pravna doktrina, da „u nedostatku namere udruživanja nema društva“ (po pravilu kreiranog kao faktičko) već samo nepodeljena imovina.⁵³

U pojmovnom smislu privredna društva su lukrativne organizacije sa lukrativnim ciljem sticanja dobiti (ovaj cilj neka prava šire i na teren „ušteđe troškova“). Za razliku od privrednih društava koja u srpskom pravu imaju pravni subjektivitet, postoje i razne forme udruženja koje takođe imaju pravni subjektivitet, ali čija je ključna tačka razgraničenja od privrednih društava ciljna funkcija: umesto jednodimenzionalne lukrativne privrednih društava, kod udruženja ona je multidimenzionalna i po svojoj vokaciji nelukrativna (ne radi raspodele dobiti) – politička, kulturna, sportska, humanitarna. I udruženja, kao i privredna društva, nastaju na ugovornoj osnovi, članovi im mogu biti i fizička i pravna lica, imaju pravni subjektivitet, postojanje uloga, zajednički cilj u skladu s ciljnom funkcijom, obavljaju neku ekonomsku delatnost.⁵⁴ Članovi udruženja sarađuju radi realizacije zajedničkog cilja udruženja i motivisani su umesto sa *affectio societatis* privrednog društva (zajednički interes raspodele dobiti) sa svojevrsnim *affectio associationis* (zajednički interes nije raspodela dobiti).⁵⁵ U nedostatku tog zajedničkog cilja udruženje je fiktivno, što je osnov njegovog prestanka u zakonom predviđenom postupku. To razgraničenje udruženja i privrednih društava u praksi, nažalost, nije tako poštovano, budući da su neke forme sa statusom udruženja u suštini bliže privrednim društvima nego udruženjima (parakomercijalizacija), a uživaju privilegovaniji poreski status i druga

⁵³ I. Tchotourian, 496–507.

⁵⁴ Srpski Zakon o udruženjima (*Službeni glasnik RS*, br. 51/09, 99/11 – dr. zakoni i 44/18 – dr. zakon) poznaje i udruženja sa subjektivitetom i udruženja bez subjektiviteta, a takođe, iako definiše udruženja kao „nedobitne organizacije“, omogućuje i osnivanje udruženja „radi određenih delatnosti u cilju sticanja dobiti“, što nije pravno konzistentno i na liniji je približavanja statusa udruženja statusu privrednih društava (čl. 2.). Tako: M. Vasiljević, T. Jevremović Petrović, J. Lepetić, 45.

⁵⁵ Kad je ciljna funkcija privrednog društva sticanje i raspodela dobiti, onda je to jasna tačka razgraničenja od udruženja čija to nije ciljna funkcija, ali kada je ciljna funkcija privrednog društva „ušteđa troškova“, kako je to definisao kao mogućnost francuski zakonodavac, onda je to moguće organizovanjem ili privrednog društva ili udruženja. Više: I. Tchotourian, 518–525.

manje restriktivna zakonska ograničenja samo zato što su po svom formalnom statusu i registraciji udruženja (izražen primer brojnih nevladinih a i nekih strukovnih organizacija). Faktički, razgraničenje privrednih društava i udruženja preti da se istopi komercijalizacijom statusa udruženja i obavljanjem ekonomskih, čak i komercijalnih delatnosti. Dodatno, moguća je transformacija privrednog društva u udruženje sa kontinuitetom pravnog subjektiviteta, kao i transformacija udruženja u privredno društvo i bez kontinuiteta pravnog subjektiviteta (srpski kompanijski zakon isključuje mogućnost transformacije poslovnog udruženja u privredno društvo).⁵⁶

Kad je reč o kvalifikaciji statusa i pravne prirode zadruga (kooperativa) u odnosu na kvalifikaciju statusa privrednih društava i udruženja, čini se da ona nije do kraja jasna i nekontroverzna. Ono što je izvesno, zadruge se ne uklapaju u tu binarnu podelu (privredna društva i udruženja), već imaju mnoge svoje specifičnosti zasnovane na činjenici da imaju i neka svojstva privrednih društava, ali i neka svojstva udruženja. Te specifičnosti najbolje odražavaju zadržna načela, neka bliska privrednim društvima, a neka udruženjima: prvo, princip otvorenosti zadruga i promenljivosti kapitala; drugo, princip jednakosti zadrugara i glasanje „po glavama“ (od ovog principa se ponekad odstupa ali limitativno) a ne „po kapitalu“; treće, princip altruizma (relativizuje se ipak time što se ostatak čistog prihoda deli na zadrugare prema izvršenom radu ili prema vrednosti poslovanja sa zadrugom, a ne prema ulogu, a isti princip se primenjuje i kod raspodele likvidacionog viška); četvrto, princip dobrovoljnosti statusa zadrugara; peto, princip uzajamnosti i solidarnosti (kod nekih formi zadruga).⁵⁷

Najzad, postojanje *affectio societatis* je izuzetno važno i kod razgraničenja privrednog društva od nekih drugih formi organizovanja, poput evropske ekonomske interesne grupacije, fondacije i slično. Evropska ekonomska interesna grupacija kao i privredno društvo regulisana je zakonom koji uređuje privredna društva, poput regulative poslovnog udruženja (druge forme udruženja regulisane su posebnim zakonom), iako i jedna i druga statusna forma nema kao privredno društvo za ciljnu funkciju sticanje dobiti, već ostvarivanje nekih „zajedničkih interesa svojih članova“ (poslovno udruženje), odnosno radi ostvarivanja određenih „ekonomskih interesa i aktivnosti njenih članova“ (grupacija).⁵⁸

Poput drugih formi nedobitnih organizacija i fondacija razlikuje se od privrednog društva po tome što je njena ciljna funkcija nedobitna i sastoji se u realizaciji nekog dela od javnog (opšteg) interesa. Kao i druge nedobitne organizacije, i fondacija ima pravni subjektivitet i upisuje se u propisani registar. Imajući u vidu ciljnu funkciju i predmet delatnosti fondacije *affectio societatis*, za razliku od privrednog društva sa subjektivitetom ili bez subjektiviteta, jeste pojam koji je u osnovi odsutan kod ove

⁵⁶ ZOPD, čl. 579; *Ibid.*, 509–518.

⁵⁷ M. Vasiljević, T. Jevremović Petrović, J. Lepetić, 764.

⁵⁸ ZOPD, čl. 578 i 580 v. *Ibid.*, 911–914.

ustanove – opšti interes kod fondacije ne vezuje se za njene osnivače već za njenu misiju (delatnost). Za razliku od privrednog društva koje živi u profitnoj sferi, život fondacije nalazi se u nekomercijalnoj sferi. Kako fondaciju može osnovati više osnivača, to ima određenih elemenata saradnje više aktera na realizaciji cilja fondacije, što daje određene obrise prisustva *affectio societatis* i kod fondacije. Isti slučaj je i sa funkcijom imovine fondacije. Najzad, ako ciljna funkcija privrednog društva, pored lukrativne može biti delom i, kao u francuskom pravu, „ušteda troškova“, onda su ovo određeni elementi *affectio societatis* i u statusu fondacije. Ipak, razgraničenje je nesumnjivo u ciljnoj funkciji (nelukrativna) i delatnosti fondacije (opšti interes), što se ni u kom slučaju ne sreće kod privrednog društva.⁵⁹

V Kvalifikacija privrednog društva na osnovu pravnog subjektiviteta

Ugovor o privrednom društvu u kontekstu razgraničenja od drugih ugovora ugovornog prava posmatra se kao posebna vrsta ugovora – ugovorna priroda, mada je on, za razliku od svih drugih imenovanih (i neimenovanih) ugovora po svojoj prirodi originalan jer, za razliku od tih drugih ugovora koji sami po sebi konstituišu svoj početak pravnog života pravnovaljanim zaključenjem, dotle ugovor o društvu kao takav ne započinje takvim zaključenjem svoj pravni život, već kao takav predstavlja samo *iustus titulus* (pravni osnov) za konstituisanje novog pravnog instituta – privrednog društva upisom u propisani registar, čime stiče pravni subjektivitet (*modus aquirendi* – način sticanja).⁶⁰ U svakom slučaju, pravni subjektivitet privrednog društva, u zemljama koje svakoj pravnoj formi ovih društava daju subjektivitet, predstavlja značajan element distinkcije privrednog društva i svojstva člana društva u odnosu na druge ugovore (često srodne ugovorima o privrednim društvima) građanskog i trgovinskog prava koji imaju i neke bitne odlike ugovora o društvu (učešće u dobiti ili nekad i snošenju rizika, postojanje uloga, neke elemente zajedničkog cilja i udruživanja, katkad i neke forme kontrole ili učešća u upravljanju), ali redovno ne sve kumulativno i redovno uz nepostojanje u subjektivnom smislu određen *affectio societatis* (zajednička namera udruživanja u društvo i sticanja svojstva člana, s obzirom na to da osim ugovora o društvu ovi drugi ugovori ne vode nastanku pravnog subjekta, koji, u zavisnosti od forme društva, ima odvojen pravni život od svog osnivačkog akta koji ima ugovornu prirodu a od ovog momenta institucionalnu prirodu – društva kapitala ili mešovitu prirodu – društva lica.

U zemljama koje nekim formama privrednih društava ne daju pravni subjektivitet (društva lica u anglosaksonskom i delom germanskom pravu), kao

⁵⁹ I. Tchoutourian, 540–544.

⁶⁰ Y. Guyon, 136.

i u zemljama u kojima postoje neke forme građanskih ili i trgovačkih društava bez pravnog subjektiviteta (tajno društvo, društvo kreirano kao faktičko),⁶¹ pravni subjektivitet nije element bitan za kvalifikaciju postojanja ugovora o društvu (društvo kreirano kao faktičko, tajno društvo i drugo) ili nekog drugog imenovanog ugovora. U ovom slučaju bitan element distinkcije postaje upravo *affectio societatis*, pre svega u svom subjektivnom poimanju (zajednička namera udruživanja u društvo i sticanje svojstva člana društva). Srpsko kompanijsko pravo, za razliku od nekih uporednih zakonodavstava, ne poznaje privredna društva bez pravnog subjektiviteta (*partnership*, *offene Handelsgesellschaft*, *société en participation*, *stille Gesellschaft*, *silent partnership*, *Kommanditgesellschaft*). Pravni subjektivitet privrednih društava traje do prestanka u trenutku brisanja iz registra (i objavom brisanja).

VI *Affectio societatis* i ništavost privrednog društva

Kontroverze pravnog režima instituta *affectio societatis* (kao zajedničke namere postanka članom društva),⁶² u smislu postojanja ili nepostojanja ovog instituta (poput kontroverzi oko postojanja instituta kauze-osnova ugovora sa kojim se inače ne identifikuje, kao što se i ne identifikuje sa opštim uslovom nastanka ugovora – *saglasnošću volja*),⁶³ posebno prisutna i raspravljana u francuskoj pravnoj

⁶¹ Uporedni zakoni romanske pravne tradicije priznaju pravni subjektivitet svim formama trgovačkih društava (izuzetak je samo la *société en participation*, gde je sporno da li je u pitanju društvo ili udruženje). Taj stav usvaja i srpsko pravo. Prema tome, po ovom sistemu, uprkos ugovornoj osnovi, sva trgovačka društva spadaju u društva-institucije. Više: Đorđe Mirković, *Dve teorije o pravnoj prirodi trgovačkih društava*, Beograd, 1934; J. Hamel, G. Lagarde, A. Jauffret, 17–20, 45–46.

Nasuprot tome, u germanskom sistemu samo su tzv. kolektivistička društva (društvo sa ograničenom odgovornošću, komanditno društvo na akcije i akcionarsko) društva-institucije i imaju pravni subjektivitet, dok ga društva-ugovori (javno trgovačko i komanditno) – individualistička društva nemaju. U angloameričkom sistemu *company* (*corporation*) jesu društva-institucije i imaju pravni subjektivitet, dok su razne vrste *partnership* a društva-ugovori i bez pravnog su subjektiviteta (što važi i za komanditno društvo jer mu pravni poredak ne priznaje subjektivitet, iako se upisuje u registar). Vid. L. C. B. Gower, *Principles of Modern Company Law*, London, 1992, 3–8; Terence Prime, Gary Scanlan, *The Law of Partnership*, London, 1995, 1–80, Robert Hamilton, *The Law of Corporations*, Minnesota, 1991, 16–20.

⁶² Značaj ovog instituta posebno se ogleda na dva terena: prvo, na planu pravne valjanosti ugovora o društvu (da li društvo može biti podvrgnuto ništavosti ili ne) i, drugo, na planu pravne kvalifikacije ugovora o društvu (razgraničenje ovog ugovora od drugih različitih formi pravne saradnje – udruženje, nepodeljena imovina, sindikat, konzorcijum, pul, interesna grupacija, sistem glavnog izvođača i podizvođača, razne forme građanskog ortakluka, kao i raznih imenovanih ugovora: prodaja, izdavački ugovor, zajam i kredit, zakup, ugovor o radu i slično). Tako: I. Tchoutourian, 14–15.

⁶³ U francuskoj teoriji se ističe da je pojam kauze kod ugovora o društvu širi od pojma *affectio societatis*: G. Naffah, 236.

U srpskom pravu kauza (osnov) se ubraja u opšte uslove za zaključenje punovažnog ugovora (pored sposobnosti ugovaranja, saglasnosti izjavljenih volja i predmeta, a kad je to posebno propisano ili ugovoreno, i forma ugovora): ZOO, čl. 51–52.

teoriji i praksi, razume se, imaju svog odraza i u pogledu pravnih posledica nepostojanja zajedničke namere ovakve prirode. Osnovno pravno pitanje koje se u vezi nepostojanja *affectio societatis* članova određenog privrednog društva postavlja jeste pitanje da li po ovom osnovu može nastati ništavost takvog društva (*affectio societatis* osnov ništavosti društva), nezavisno od činjenice da li je inače ništavost privrednih društava izuzetna pojava ili ne.

Ništavost osnivačkog akta i time registracije društva (odnosno samim tim ništavost društva) izuzetno je retka pojava zbog preventivne kontrole pri upisu u registar (sud, upravna organizacija), a u nekim zemljama (Nemačka) postoji i obavezna notarijalna forma osnivačkog akta (i svih promena), što uglavnom sprečava postojanje takvog osnova. Uz to, tu je i institut tzv. regularizacije osnivačkog akta koji ima elemente ništavosti u ostavljenom roku (podnosiocu prijave upisa) od organa koji vodi postupak upisa u registar.⁶⁴

U EU je „ništavost privrednog društva“ (ništavost osnivanja) uređena tzv. Prvom direktivom (član 11): utvrđuje šest osnova „ništavosti“, te nacionalna prava članica ne mogu utvrditi više osnova, ali mogu manje ili čak i ne poznavati institut ništavosti osnivačkog akta privrednog društva, uz pojačanje mera njegove prethodne kontrole (pre registracije). Tu direktivu zamenila je tzv. Kodifikovana direktiva (2017).⁶⁵ Kodifikovana direktiva (član 12) zadržava iste osnove ništavosti iz odredbe člana 11 tzv. Prve direktive i uređuje ih strogo limitativno i imperativno: 1) ako ne postoji osnivački akt ili ako nije postupljeno po pravilima preventivne kontrole ili zahtevanih pravnih formalnosti, 2) ako je predmet delatnosti kompanije nezakonit ili suprotan javnom poretku, 3) ako osnivački akt ili statut ne sadrži ime kompanije, iznos pojedinačnog upisa kapitala, ukupan iznos upisanog kapitala ili predmet

Kauza daje odgovor na pitanje zašto se neko obavezuje – kauza je razlog pravnog obavezivanja. Kauza ima svoje subjektivno poimanje (svodi se na unutrašnju volju – motiv obavezivanja), objektivno poimanje (ekonomski fakt – ekonomski cilj posla) i mešovito – subjektivno-objektivno. Svaka ugovorna obaveza mora imati dopuštenu kauzu (osnov). Izostanak postojanja kauze, prividnost kauze ili nedopuštena kauza (protivna prinudnim propisima, javnom poretku ili dobrim običajima) vode ništavosti ugovora. Kauza (osnov) obaveze ne mora biti izražena u ugovoru – oborivo se pretpostavlja da postoji. Vid. S. Perović, 323–338; M. Karanikić Mirić, 309–310 i 317–324.

Institut kauze kao opšteg uslova za zaključenje ugovora u srpskom pravu preuzet je iz francuskog Građanskog zakonika (Code civil, art. 1108 i 1131–1133), dok ovaj institut nije nikad postojao u švajcarskom, britanskom i nemačkom pravu. Reforma francuskog Građanskog zakonika (Code civil, 2016, art. 1128, 1162 i 1168–1170) na formalnom planu ukinula je institut kauze kao opšteg uslova za zaključenje ugovora (mada ima shvatanja da je promena više terminološka nego suštinska) i umesto nje propisala „dopuštenu i određenu sadržinu ugovora“ (pod njom se podrazumevaju „sve obaveze koje iz njega nastaju, odnosno svi njihovi predmeti“). U relevantnoj srpskoj pravnoj građi ističe se da je „kauza obligacije nestala, fokus je pomešten na protivčinidbu, a predmet obligacije zamenjen je sadržinom ugovora“. Vid. Marija Karanikić Mirić, 312–317.

⁶⁴ Stefan Grundmann, *European Company Law*, Cambridge, 2012, 153–154, 187–188.

⁶⁵ Directive EU relating to certain aspects of company law – codification (Kodifikovana direktiva kompanijskog prava EU), 2017/1132, OJ L 169/17.

delatnosti kompanije, 4) propuštanje postupanja po odredbama nacionalnog prava koje se tiču uplate minimalnog iznosa kapitala, 5) nesposobnost svih osnivača, 6) ako je, suprotno nacionalnom pravu koje reguliše kompanije, broj osnivača manji od dva. Primetno je da taj relevantni kompanijskopравни izvor prava u EU ne operiše institutom *affectio societatis* kao mogućim osnovom ništavosti trgovačkog društva (ali ni osnovima ništavosti ovog društva propisanim opštim pravilima ugovornog prava), što je podelilo francusku pravnu teoriju i sudsku praksu u pogledu toga da li ovo i dalje mogu biti osnovi ništavosti ovih društava.⁶⁶ Srpski zakonodavac jedan isti institut – „ništavost društva” – razlaže na praktično tri podinstituta, na način koji nije pravno konzistentan: *ništavost osnivačkog akta i time ništavost društva* (utvrđuje zakon koji uređuje privredna društva), *ništavost registracije društva koja sama po sebi ne znači i ništavost društva* (utvrđuje zakon koji uređuje registraciju privrednih subjekata).⁶⁷ Tako zakon koji uređuje privredna društva sadrži limitativno propisane osnove ništavosti osnivačkog akta: 1) nepostojanje bitnih elemenata osnivačkog akta propisanih zakonom za svaku formu društva, 2) delatnost suprotna prinudnim propisima ili javnom poretku, 3) nepostojanje propisane pismene forme, 4) pravna i poslovna nesposobnost svih osnivača u momentu potpisivanja osnivačkog akta, dok zakon koji uređuje postupak registracije privrednih subjekata reguliše ništavost registracije osnivanja privrednog društva i osnove te ništavosti koji ne moraju biti i osnovi ništavosti društva: 1) ako su u prijavi navedeni neistiniti podaci (eventualno „pozajmljeno lice” – fiktivni ili simulovani član ili prevara ako se dokaže), 2) ako je registracija izvršena na osnovu lažnog dokumenta, dokumenta izdatog u nezakonito sprovedenom postupku ili dokumenta sa neistinitim činjenicama (mogući institut prevare ugovornog prava) i 3) ako postoje drugi zakonom predviđeni razlozi – *osnovi ništavosti osnivačkog akta* iz zakona koji uređuje privredna društva, kao i osnovi ništavosti iz zakona koji uređuje obligacione odnose.⁶⁸ U svakom slučaju, ništavost utvrđuje sud (razlozi mogu biti i otklonjeni do glavne rasprave – tzv. regularizacija akta i društva – usklađivanje sa zakonom, uključujući i uspostavljanje eventualno nedostajućeg elementa *affectio societatis*),⁶⁹ a ništavost deluje samo *pro futuro*

⁶⁶ I. Tchotourian, 110-146.

⁶⁷ Tatjana Jevremović Petrović, „Ništavost osnivačkog akta u srpskom pravu”, *Pravo i privreda*, br. 4 – 6/2017, 71–94; francuska teorija i praksa (zakonodavna i sudska) koriste jedinstven institut ništavost društva (na osnovu izričite odredbe u zakonu: nepostojanje bitnih elemenata osnivačkog akta, nedozvoljenost predmeta, fiktivno društvo, opšta pravila ugovornog prava o ništavosti, prevara – pri čemu najveći broj imperativnih normi u zakonu nije sankcionisan ništavošću, već se za klauzule u osnivačkom aktu društva koje su im suprotne smatra da nisu ni napisane): M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, 66–75.

⁶⁸ Upor. ZOPD, čl. 13; Zakon o postupku registracije u Agenciji za privredne registre (ZOPRuAPR, čl. 33), *Službeni glasnik RS*, br. 99/11, 83/14, 31/19 i 105/21; Zakon o obligacionim odnosima (ZOO, čl. 103), *Službeni glasnik SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89; *Službeni list SRJ*, br. 31/93, i *Službeni glasnik RS*, br. 18/20.

⁶⁹ Privredno društvo koje je osnovano u propisanom postupku i koje je registracijom steklo subjektivitet, a koje ne ispunjava sve uslove za osnivanje, ako regularizacija nije moguća ili nije sprovedena

(*ex nunc*) i vodi postupku prinudne likvidacije društva (*ništavost je dakle izjednačena s prestankom postojanja društva*).⁷⁰

Srpsko kompanijsko pravo, dakle, razdvaja osnove ništavosti osnivačkog akta i time i ništavosti društva, od osnova ništavosti same registracije društva (koji se dele na samostalne osnove ove ništavosti koji ne moraju voditi istovremeno i ništavosti osnivačkog akta i time i ništavosti društva i „pozajmljene osnove“ ništavosti: osnovi ništavosti osnivačkog akta i opšti osnovi ništavosti iz ugovornog prava, koji vode i ništavosti registracije društva ali mogu voditi i ništavosti osnivačkog akta i time i ništavosti samog društva). Čini se, dakle, da takvim rešenjem u srpskom pravu nije više otvoreno pitanje da li se osnovi ništavosti u smislu obligacionog prava primenjuju i na ništavost osnivačkog akta privrednog društva i time i na ništavost samog društva (s obzirom na to da osnivački akt ima ugovornu prirodu), kako to izričito omogućuje i francuski zakonodavac.⁷¹

U svakom slučaju, za temu kojom se u ovom radu bavimo *affectio societatis* nije naveden u smislu mogućeg osnova ništavosti osnivačkog akta i time i ništavosti društva, kao ni u smislu mogućeg osnova ništavosti registracije društva koja ne mora

u odgovarajućem sudskom postupku, oglašava se ništavim. Takvo društvo se u teoriji naziva faktičko društvo – tobožnje društvo (*société de fait*). Za razliku od faktičkog (tobožnjeg) društva (*société de fait*) koje je osnovano i upisano u registar, ali koje je ništavo, *de facto* društvo (*société crée de fait*) jeste društvo koje nije osnovano u propisanoj formi – nije sačinjen osnivački akt u pisanoj formi (iako on faktički postoji) i nije upisano u registar. Za faktičko društvo postoji registracija i ono je poprimilo formu trgovačkog društva i prema trećim licima, te ga otuda treba tako i prihvatiti, kao i njegove osnivače, zavisno od forme društva, dok *de facto* društvo nije moguće konstituisati kao subjekta prava prema trećim licima, mada ga je moguće konstituisati u unutrašnjim odnosima (na ovoj osnovi počiva i koncept tzv. tajnog društva). Vid. M. Cozian, A. Viandier, 512; M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, 520–526; Ph. Merle, A. Fauchon, 679–683; J. Hamel, G. Lagarde, A. Jauffret, 129–136; P. L. Cannu, B. Dondero, 919–927; I. Tchotourian, 69–78.

U francuskoj sudskoj praksi sudovi čak priznaju i izvestan stepen *affectio societatis* i vanbračnoj zajednici i čak štite poverioce konkubine smatrajući da su dvoje ljubavnika kao članovi ortačkog društva. U nedostatku društva – braka, dakle, ta zajednica može postojati i imati elemente nepodeljenosti (solidarna odgovornost). Osim između vanbračnih drugova, *de facto* društvo (društvo kreirano kao faktičko) može postojati i između sanaslednika, kao i u nekim poslovnim slučajevima (uzajamna pomoć u seoskim radovima, sistem glavnog izvođača i podizvođača, zajednički troškovi u nekim profesijama – pogotovo u slobodnim profesijama, ugovor o zajmu ili ugovor o plaćenom radu sa učešćem u dobiti). Vid. M. Cozian, A. Viandier, 514–516.

Isto tako, u Francuskoj je suđeno da je odnos između glavnog izvođača i podizvođača odnos koji postoji u *de facto* društvu (društvu kreiranom kao faktičko), te prestanak plaćanja glavnog izvođača vodi solidarnoj neograničenoj odgovornosti podizvođača. Vid. J. Hamel, G. Lagarde, A. Jauffret, 131–133.

⁷⁰ ZOPD, čl. 14, st. 3 i 4; Kodifikovana direktiva (2017), čl. 12. S. Grundmann, 154–155.

⁷¹ *Code civil* (article 1844-10) i *Code de commerce* (art. 235-1). Francuska pravna teorija ne odriče primenu opštih pravila ugovornog prava i na ništavost osnivačkog akta privrednog društva, kada je ništavost apsolutna i svako se može na nju pozvati, bez roka zastarelosti, odnosno prekluzije. Ipak, priznaje se da je ništavost osnivačkog akta privrednog društva, i na ovom i na opštem planu, izuzetno retka pojava u praksi, i to iz dva razloga: prvo, stroga preventivna kontrola suda pri upisu u registar i, drugo, ostavljanje mogućnosti u pokrenutom postupku ništavosti za tzv. regularizaciju situacije (otklanjanje osnova ništavosti u ostavljenom roku). Vid. Ph. Merle, A. Fauchon, 83–88; M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, 71–72;

nužno voditi (ali zavisno od osnova ništavosti i može voditi) i ništavosti osnivačkog akta društva i time i ništavosti društva. Time ostaje otvoreno pitanje da li osnov ništavosti osnivačkog akta (a takođe i privrednog društva) može biti i utvrđenje nepostojanja *affectio societatis*, mada bi iz limitativnog određenja osnova ništavosti ovog akta u zakonu koji uređuje privredna društva sledilo da to nije moguće jer to nije limitativno utvrđeni osnov ništavosti („osim iz propisanih razloga... osnivački akt ne može se oglasiti ništavim po drugom osnovu“).⁷² Ipak, kako zakon koji uređuje postupak registracije proširuje te osnove ništavosti privrednog društva iz matičnog zakona koji uređuje privredna društva, i kako pored dva nova imenovana osnova ništavosti (koji u osnovi imaju prirodu prevare ugovornog prava)⁷³ sadrži i generalni osnov ništavosti „ako postoje drugi zakonom predviđeni razlozi“, a upotreba malog slova u reči „zakon“ znači ne samo osnovi koje uređuje zakon koji reguliše privredna društva već i drugi zakoni, gde svakako spada zakon koji uređuje obligacione odnose (generalna norma o apsolutnoj ništavosti ugovora i posebni instituti ništavosti: prevara,⁷⁴ simulovani – prividni ugovor – fiktivno društvo, zabrana zloupotrebe prava),⁷⁵ a kako ovaj zakon poznaje i mane volje (sa kojima se ne identifikuje *affectio*

⁷² ZOPD, čl. 13, st. 2.

⁷³ ZOO, čl. 65.

⁷⁴ I. Tchoutourian, 147–165.

⁷⁵ „Ugovor koji je protivan prinudnim propisima, javnom poretku ili dobrim običajima ništav je ako cilj povređenog pravila ne upućuje na neku drugu sankciju ili ako zakon u određenom slučaju ne propisuje što drugo“ (ZOO, čl. 103). Institut prevare (ZOO, čl. 65), institut prividnog (simulovanog) ugovora (ZOO, čl. 66), institut zabrane zloupotrebe prava (ZOO, čl. 13).

U francuskoj teoriji ističe se da ništavost društva može postojati samo po osnovima striktno propisanim zakonom. U prvom redu, osnov ništavosti društva je *ništavost osnivačkog akta* (po opštim pravilima građanskog prava: mane volje, nesposobnost ugovornih strana, nedozvoljenost predmeta delatnosti, nepostojanje kauze, nepostojanje bitnih elemenata, nedostatak propisane forme, prevara), osim ako dođe do njegove regularizacije (usklađivanje sa zakonom, uspostavljanje *affectio societatis*). U principu, odriče se mogućnost ništavosti osnivačkog akta društva kapitala zbog mana volje i nesposobnosti ugovornih strana. Ništavost će uslediti i u slučaju *prevare* (*fraus omnia corrumpit*). Ništav je u odnosu na treća lica i simulovan ugovor (fiktivno društvo), ali je punovažan disimulovan ugovor (ako se dokaže). Ako je reč o pozajmljenom imenu osnivača, *lice – pozajmljeno ime* lično je odgovorno prema društvu, ostalim članovima i savesnom trećem licu (a za društvo se može primeniti institut prevare ako se dokaže). Ništavost društva ne mora uslediti ako je osnivački akt *delimično ništav* (npr. u odnosu na neke osnivače koji nemaju poslovnu sposobnost). Ništavost ne mora uslediti ni kada se radi o nekim nedozvoljenim klauzulama za koje se smatra da nisu ni napisane (npr. *clausula leonina*). U francuskom pravu, *nedostatak formalnosti registracije i objave* tradicionalno se smatraju apsolutnom ništavošću jer nemaju za cilj da zaštite osnivače već treća lica, s tim što se priznaje da to u praksi skoro i ne postoji. Francuska teorija i praksa generalno, međutim, smatraju da ništavost privrednog društva kao institut ima lošu reputaciju i *zalažu se za obeshrabrivanje ovih postupaka i ohrabrivanje instituta koji bi otklanjali osnove ništavosti*: preventivna kontrola, „razređivanje“ osnova ništavosti (ugovorni kapacitet, kauza, saglasnost, predmet, prevara i zloupotreba prava, simulovani i fiktivni članovi, specifični osnovi vezani za prirodu ugovora o osnivanju privrednog društva; pooštavanje uslova za podnošenje tužbe za ništavost – zastarelost tužbe, mogućnost regularizacije; ublažavanje dejstava ništavosti: odsustvo retroaktivnosti, zaštita trećih savesnih lica; uvođenje *subinstituta ništavosti*: klauzule koje se smatraju da nisu napisane, tužba za regularizaciju, tužba

societatis kao osnov ništavosti (relativna ništavost, rušljivost), to se čini da affectio societatis može biti ovaj osnov ništavosti ugovora o društvu (s tim što njegov izostanak ne isključuje moguću regularizaciju, bilo da nedostaje kod samo jednog člana društva, manjine ili većine, ali ne i ako nedostaje kod svih članova društva).⁷⁶ Takav stav zauzima i deo francuske teorije (koja je inače jako podeljena u ovom pogledu) i sudska praksa (koja takođe nije uniformna) koji su nosioci gledišta da je ovaj institut shvaćen u svom subjektivnom smislu neodvojiv element osnivačkog akta trgovačkog društva – odsustvo *affectio societatis* osnov je ništavosti privrednog društva jer se društvo tada smatra fiktivnim (a fiktivno društvo je ništavo a ne nepostojeće).⁷⁷

Srpsko kompanijsko pravo, bez sumnje, nije zaljubljeno u institut ništavosti društva (mogući zbog ugovorne prirode u načinu nastanka, mada kod svih društava sa pravnim subjektivitetom, ipak, ništavost osnivačkog akta ne vodi automatskoj ništavosti – prestanku postojanja društva nastalog na njegovoj osnovi, već društvo

za pokretanje pitanja odgovornosti za ništavost; drugi mogući supstituti ništavosti društva: *nepostojeće društvo*, ništavost same registracije): P. L. Cannu, B. Dondero, 227–243; J. Hamel, G. Lagarde, A. Jauffret, 129–130 i 133–134; M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, 66–75.

„Ako je neki član bio samo pozajmljeno ime da bi omogućio nekom drugom da stekne i eksploatiše neko dobro pod pokrićem građanskog društva, tada nije bilo ni zajedničke volje članova, ni zajedničkih uloga, ni podele dobiti ili pokrivanja gubitaka; prema tome, društvo ovako konstituisano je fiktivno i sva aktiva (imovina), naročito sve nepokretnosti koje je takvo društvo steklo, moraju biti vraćene njihovim pravnim vlasnicima” – *Rev. sociétés* 1974, 740, note Sortais, u: J. P. Valuet, A. Lienhard, P. Pisoni, 9.

„Čim je utvrđeno da je društvo bilo društvo fasada, bez obavljanja delatnosti, čiji je kapital skoro u potpunosti posedovao upravljač sa svojom suprugom i da se ovaj angažovao koliko u ime društva toliko i u svoje ime, sledi da je upravljač autor simulovanih poslova i kao takav lično je odgovoran prema poveriocu naknade koja mu je obećana (preuzeta) od strane društva”, Cour de Paris, 28. oct. 1999, Bull. Joly 2000, 219, u: J. P. Valuet, A. Lienhard, P. Pisoni, 9.

U nemačkom pravu: Zakon o društvu sa ograničenom odgovornošću (GLLA, sec. 75), *Federal Law Gazette*, Nr. 1892/477; 1898/846; 2004/3166, 3214; 2005/837; 2006/2553; 2007/542; 2008/2026, 2586; 2009/1102, 2479, 2509 smatra da se većina nedostataka osnivačkog akta, i pored zahtevne prethodne kontrole (notarska priroda), otklanja samim činom registracije. Ipak, ozbiljniji i važniji nedostaci (ako osnivački akt nema odredbe o minimalnom osnovnom kapitalu, ako ne sadrži odredbe o svrsi kompanije a nedostatak nije otklonjen jednoglasnom odlukom skupštine članova društva) mogu voditi njegovom poništaju od strane suda, po podnetom zahtevu bilo kog člana društva ili člana nadzornog odbora ili direktora. *U principu, radi se o istim osnovima koji obavezuju sud da po službenoj dužnosti pokrene postupak prinudne likvidacije kompanije*. U meri u kojoj su ovi osnovi identični, preduzeti koraci mogu voditi ili likvidaciji kompanije ili deklarisanju ništavosti koja, suprotno opštim pravilima ugovornog prava, ne vodi dejstvu od nastanka kompanije (*ex tunc*), već samo od trenutka proglašenja ništavim upisa u registar – pro futuro (*ex nunc*), što je dejstvo i likvidacije društva. Vid. Meister Burkhardt, Martin Heidenhain, Joachim Rosengarten, *The German Limited Liability Company*, Frankfurt am Main, 2010, 97–98.

⁷⁶ Svi osnovi ništavosti privrednog društva mogu biti regularizovani (dovedeni u sklad sa zakonom), osim nedozvoljenosti predmeta delatnosti: Više: I. Tchoutourian, 45–69.

⁷⁷ *Ibid.*, 31–45, 83–110. Suprotno: „Kada titulari udela društva s ograničenom odgovornošću priznaju da od početka nisu imali affectio societatis nužan za konstituisanje društva, takvo društvo u suštini se pokazuje kao društvo koje nikad nije postojalo i pseudočlanovi se mogu pozivati na prevaru imperativnih normi zakona, ma koliko bilo njihovo učešće u toj prevari” – Civ. 3, 22 jun 1976, D 1977, 619, note Diener, u: J. P. Valuet, A. Lienhard, P. Pisoni, 10.

mora da prestane postojati na način predviđen zakonom), pre svega zbog potrebe zaštite savesnih trećih lica s kojima takvo društvo posluje do utvrđenja eventualne ništavosti, otuda u meri u kojoj ga i ne isključuje svodeći ga na izuzetak, propisuje niz specifičnosti ovog instituta u odnosu na ugovorno pravo (suženje osnova, pravno dejstvo *pro futuro*, forme preventivne kontrole ugovora o društvu, propisivanje rokova za utvrđenje ništavosti i restrikcija aktivne legitimacije za podnošenje tužbe za utvrđenje da je „registracija osnivanja privrednog društva ništava“ na „lica koja imaju pravni interes“;⁷⁸ delimična ništavost,⁷⁹ fikcija da neke nedozvoljene klauzule nisu napisane, mogućnost tzv. regularizacije – dovođenje u sklad sa zakonom i to od strane samog društva i članova društva, razdvajanje instituta ništavosti osnivačkog akta i time i ništavosti društva od instituta ništavosti same registracije društva i slično). Postojanje tih i drugih brojnih specifičnosti ništavosti ugovora o društvu i ništavosti privrednog društva u odnosu na opšta pravila o ništavosti ugovora iz sfere ništavosti i pogotovo mogućnosti regularizacije (osim nedozvoljene delatnosti) – dovođenje u sklad sa zakonom od strane samih članova društva i društva, a što, po opštim pravilima o ništavosti, nije moguće kod osnova apsolutne ništavosti, to se čini da ništavost ugovora o privrednom društvu i samog društva ima prirodu relativne ništavosti (rušljivosti) u smislu ugovornog prava, a ne apsolutne ništavosti.

VII Umesto zaključka

Institut *affectio societatis*, koji izrekom kao takav ne prepoznaje srpski zakon koji uređuje privredna društva, ali koji, po našem uverenju, implicitno pretpostavlja, poput kauze (osnova), koji zakon koji uređuje obligacione odnose formalno uređuje ali ne zahteva da izričito u ugovoru bude izražen, s obzirom na to da se oborivo pretpostavlja da postoji – važan je institut prava privrednih društava. Ovo najmanje po dva osnova: prvo, za kvalifikaciju postojanja i pravnovaljanosti ugovora o osnivanju privrednog društva, takvog postojanja privrednog društva i određenja člana društva (društvo nije fiktivno, nije ništavo, član nije fiktivan ili „pozajmljeno ime“) i, drugo, za razgraničenje ovog ugovora od brojnih drugih ugovora ugovornog prava koji mogu

⁷⁸ ZOPRuAPR, čl. 33.

⁷⁹ Delimična ništavost (ZOO, čl. 105). U francuskom pravu od osnova ništavosti treba razlikovati klauzule koje se smatraju nedozvoljenim, te se smatra kao da nisu ni napisane (primena principa „korisno se štetnim ne kviri“), ali ne vode ništavosti društva. U ove klauzule spadaju: lavovske klauzule; klauzule koje upravi daju primanja koja nisu utvrđena zakonom; klauzule o fiksnoj dividendi članova nezavisno od dobiti; klauzule koje ograničavaju slobodu opoziva predsednika upravnog odbora; klauzule koje određuju da upravni odbor odlučuje valjano s manje od polovine članova; klauzule koje su suprotne nadležnosti skupštine da promeni statut; klauzule koje ograničavaju pravo svakog akcionara da glasa pisanim putem ili da prisustvuje sednici; klauzule koje nameću većinu iznad 75% za promenu statuta; klauzule koje ograničavaju podizanje tužbe za društvo (derivativna tužba). M. Cozian, A. Viandier, 83–84; I. Tchoutourian, 78–80.

sadržati neke klauzule koje ih približavaju ugovoru o društvu, kao i za razgraničenje ovog ugovora od nekih drugih organizacionih formi obavljanja određenih delatnosti koje nemaju prirodu privrednog društva (*de facto* društva – društva kreirana kao faktička, tajna društva, udruženja, poslovna udruženja, kooperative, sindikat banaka, pulovi osiguranja, ekonomske interesne grupacije, fondacije i drugo) ili za razgraničenje formi nepodeljene imovine.

Institut *affectio societatis* u svom subjektivnom poimanju svodi se na psihološki pojam „zajedničke namere“ za ostvarivanjem određenog „zajedničkog ekonomskog interesa“ (dobit) udruživanjem određene ekonomske vrednosti (ulog) i uz zajedničko snošenje rizika, što je objektivni fakt (objektivno poimanje), dakle u svojoj celovitosti odražava ga subjektivno-objektivno poimanje (mešovito određenje). Za razliku od objektivnog fakta koji je kao materijalizovan lako dokaziv, subjektivno određenje kao psihološki pojam nije vidljivo kao materijalni fakt, ali je dokazivo i pretpostavljivo (oboriva pretpostavka) da postoji i kad nije izraženo, i to celovitom sadržinom ugovora (poput evolucije instituta kauze u francuskom pravu na koji se više ne gleda kao na opšti uslov za zaključenje ugovora, već se njegovo postojanje dokazuje na osnovu „dopuštene i određene sadržine ugovora“). Uostalom, i institut tumačenja nejasnog ugovora ili pojedinih ugovornih odredaba svodi se na utvrđivanje „zajedničke namere ugovarača“ (što je inače i ciljna funkcija instituta *affectio societatis*), što, iako psihološki fenomen, poput subjektivnog određenja ovog instituta, ima svoje zakonsko utemeljenje u srpskom ugovornom pravu.⁸⁰

Sve u svemu, *affectio societatis* može biti od značaja u pravu privrednih društava i, s puno opravdanja i argumenata, može biti stavljen u isti rang s drugim elementima neophodnim za postojanje privrednog društva (ulog, dobit, rizik). To važi za sve forme privrednih društava, s tim što je svakako jače izražen kod zatvorenih formi društava (ortačko, komanditno, društvo s ograničenom odgovornošću), i to ne samo u fazi osnivanja društva već i tokom trajanja društva, i to kod svih članova društva. Najbolji dokaz za to je činjenica da gubitak tog elementa privrednog društva, pod određenim okolnostima, kod nekog člana društva lica ili kod članova društva s ograničenom odgovornošću koji imaju zakonom propisani iznos kapital učešća može voditi prestanku postojanja društva odlukom suda ili do istupanja takvog člana društva iz društva. Takva uloga *affectio societatis* postoji i kod akcionarskog društva prilikom osnivanja društva (sticanje statusa člana društva), a docnije tokom života društva nešto se relativizuje, naročito kod akcionarskog društva čijim se akcijama trguje na organizovanim finansijskim tržištima, pogotovo kada kupci tako kupljenih akcija više imaju status investitora (akcije bez prava glasa) nego akcionara. Ipak, da *affectio societatis* ne iščezava sasvim ni kod tih društava, dokaz je činjenica da pod određenim okolnostima gubitak identifikacije s društvom može voditi prestanku društva odlukom suda.

⁸⁰ ZOO, čl. 99.

Najзад, *affectio societatis* ima naglašeni značaj kod društava bez pravnog subjektiviteta ili drugih organizacionih formi ili nepodeljenih formi imovine (*de facto* društva – društva kreirana kao faktička, tajna društva, društva lica u nekim pravima, udruženja, nepodeljena imovina i slično), koje forme često nastaju faktički bez ikakvog formalnog akta, te upravo okretanje ovoj ustanovi vodi njihovoj legitimaciji, identifikaciji i pravnoj kvalifikaciji (kod društava s pravnim subjektivitetom tu ulogu u dobroj meri može obaviti taj subjektivitet i zahtevi forme njegovog sticanja). Sve to može voditi samo jednom zaključku – pojam *affectio societatis* nije jednoznačan već pluralan i nije nepromenljiv već promenljiv. Upravo ta varijabilnost ovog pojma omogućuje i njegovu adaptabilnost i prilagodljivost promenjenim faktima. To je i ključni razlog objašnjenja ovog instituta davanjem primata subjektivnom poimanju („namera udruživanja i sticanja svojstva člana društva“) ili objektivnom poimanju („ostvarenje zajedničkih ekonomskih interesa sticanja dobiti i snošenja rizika na bazi ravnopravnosti članova“) ili subjektivno-objektivnom poimanju (mešovita teorija objašnjenja *affectio societatis*).

Literatura

- Barbèri, J. F., „Le retour sur l' *affectio societatis*, une intention mal aimée“, *Mélange en honneur de Patrick Serlooten*, Paris, 2015.
- Cannu, P. L., Dondero, B., *Droit des sociétés*, Paris, 2012.
- Cozian, M., Viandier, A., Deboissy, F. *Droit des sociétés*, Paris, 2006.
- Cuisinier, V., *L' affectio societatis*, Paris, 2008.
- Gower, L. C. B., *Principles of Modern Company Law*, London, 1992.
- Grundmann, S., *European Company Law*, Cambridge, 2012.
- Guyon, Y., *Droit des affaires, Tom I – Droit commercial général et sociétés*, Paris, 2003.
- Hamel, J., Lagarde, G., Jauffret, A., *Droit commercial*, Tome I, 2 édition, 2 volume, Paris, 1980.
- Hamilton, R., *The Law of Corporations*, Minnesota, 1991.
- Jevremović Petrović, T., „Ništavost osnivačkog akta u srpskom pravu“, *Pravo i privreda*, br. 4–6/2017.
- Jovanović, N., Radović, V., Radović, M., *Kompanijsko pravo – pravo privrednih subjekata*, Beograd, 2020.
- Meister, B., Heidenhain, M., Rosengarten, J., *The German Limited Liability Company*, Frankfurt am Main, 2010.
- Merle, P., Fauchon, A., *Droit commercial – sociétés commerciales*, Paris, 2001.
- Mirković, Đ., *Dve teorije o pravnoj prirodi trgovačkih društava*, Beograd, 1934.
- Naffah, G., „L' affectio societatis, un critère qui n' en est pas un“, *Mélange en l' honneur de Jean – Jaques Daigre*, Paris, 2017.

- Pollaud-Dulian, F., „*L'actionnaire dans les opérations de portage*“, *Rev. soc.* 1999.
- Prime, T., Scanlan, G., *The Law of Partnership*, London, 1995.
- Serlooten, P., „*L'affectio societatis, une notion à revisiter*“, *Mélange en l'honneur de Yves Guyon*, Paris, 2003.
- Schmidt, D., „*De l'intérêt commun des sociétés*“, *J.C.P.*, 1994, I.
- Tchotourian, I., *Vers une définition de l'affectio societatis lors de la constitution d'une société*, Paris, 2011.
- Vasiljević, M., Jevremović Petrović, T., Lepetić, J., *Kompanijsko pravo – pravo privrednih društava*, Beograd, 2023.
- Valuet, J.P., Lienhard, A., Pisoni, P., *Code des sociétés et des marchés financiers – Commenté 23 édition*, Paris, 2007.
- Viandier, A., *La notion d'associé*, LGDJ, Paris, 1978.
- Zdzislaw A. Neubauer, *L'affectio societatis dans la sociétés de capitaux*, thèse, Lille, 1994.