

JE LI EUROPA KONAČNO SPREMNA OSIGURATI PREDUVJETE ZA PUNU SLOBODU KRETANJA POSLOVNIH SUBJEKATA? – IMPLIKACIJE NA HRVATSKO PRAVO

*Doc. dr. sc. Dubravka Akšamović**

UDK: 347.72:341.92(4)EU

339.923:061.1>(497.5:4EU)

Stručni rad

Primljeno: studeni 2012.

U radu se razmatraju različiti aspekti problematike slobode poslovnog nastana, od početaka europskog integriranja do današnjih dana. Sloboda poslovnog nastana jedna je od osnovnih ideja europskog integriranja koja, međutim, do današnjih dana nije u potpunosti realizirana unatoč brojnim i dugotrajnim mjerama harmonizacije poduzetima u sferi prava društava. Posebna se pozornost posvećuje problematici prijenosa sjedišta društva kao pravnom pitanju koje je u praksi izazvalo najviše kontroverzija. Kroz zakonska rješenja i praksu Suda EU-a traži se odgovor na pitanje dokle sežu granice autonomije država u pravnom reguliranju pitanja mobilnosti (kretanja) trgovačkih subjekata. Razmatra se poredbena i domaća regulativa koja se bavi naznačenim pitanjima. Upozorava se na manjkavosti u domaćem zakonodavstvu kojim se uređuje predmetna problematika te se poredbenom analizom zakonodavstva EU-a, Njemačke i Španjolske sugeriraju mogući načini rješavanja istih pitanja u domaćem zakonodavstvu.

Ključne riječi: sloboda poslovnog nastana, mjerodavno pravo za društvo, prijenos sjedišta društva

1. UVODNE NAZNAKE

U radu se analizira problematika slobode osnivanja i mobilnosti trgovačkih subjekata na razini EU-a, koji su temeljni oblici manifestacije slobode poslov-

* Dr. sc. Dubravka Akšamović, docentica Pravnog fakulteta Sveučilišta Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku, Stjepana Radića 13, Osijek

nog nastana. Cilj je pravila prava EU-a o slobodi poslovnog nastana omogućiti i potaknuti mobilnost trgovačkih subjekata na unutarnjem tržištu po uzoru na pravila o slobodi kretanja osoba. U praksi se, međutim, pokazalo da punu slobodu mobilnosti trgovačkih društava na razini EU-a neće biti jednostavno ostvariti.

Ishodište problema su temeljno nacionalna pravila prava društava država članica EU-a koja predviđaju različit pravni režim za osnivanje i djelovanje trgovačkih društava, a u okviru toga i u pogledu "migracije" trgovačkih društava. Najspornije je pitanje, na koje pravo EU-a do današnjih dana nije dalo konačan odgovor, pitanje prijenosa sjedišta trgovačkog društva iz jedne države članice u drugu. Evidentni su i drugi problemi poput pitanja mjerodavnog prava za društvo, poreznog režima i druga. Razmatranje navedenih pitanja posebno je važno za domaće pravo i praksu s obzirom na punopravno članstvo Hrvatske u EU-u. Iako je domaće pravo društava u najvećem dijelu usklađeno s pravnom stečevinom Zajednice, izostala je regulacija pojedinih pitanja poput pitanja dopustivosti prijenosa sjedišta trgovačkog društva iz jedne države članice u drugu.

U tom smislu postavlja se pitanje kako će i u skladu s kojim pravilima postupati trgovački sudovi u Hrvatskoj ako se suoče sa zahtjevom stranog poduzetnika za prijenos sjedišta trgovačkog društva iz neke države članice u Hrvatsku, kada isto pitanje u domaćem zakonodavstvu prava društava nije regulirano.

U radu se razmatra zakonodavstvo i praksa EU-a koji mogu biti važni za regulaciju naznačenog pitanja u domaćem zakonodavstvu i praksi. Navode se pravni problemi koji *de lege ferenda* zahtijevaju regulaciju u domaćem zakonodavstvu te mogući načini njihova reguliranja.

2. SLOBODA POSLOVNOG NASTANA U PRIMARNIM VRELIMA PRAVA EU-a

Pravno uređenje materije trgovačkih društava, a u okviru toga i slobode poslovnog nastana, sastavni je dio prava EU-a još od sklapanja Ugovora o osnivanju EEZ-a (Rimskog ugovora) iz 1957. godine.¹ Članak 52. Rimskog

¹ Ugovor o osnivanju EZ-a ili Rimski ugovor, Treaty establishing the European Community, 25 March 1975. (http://ec.europa.eu/economy_finance/emu_history/documents/treaties/rometreaty2.pdf; 17. veljače 2012.).

ugovora, kao preteča odredbe iz članka 49. TFEU-a², predvidio je postupno ukidanje odredbi nacionalnih zakonodavstava država članica kojima se ograničava sloboda poslovnog nastana.

Članak 58. Rimskog ugovora propisivao je istovjetni pravni tretman za domaće i strane pravne i fizičke osobe.

Članak 220. Rimskog ugovora postavlja pred države članice zahtjev da priznaju pravnu osobnost stranim trgovačkim društvima osnovanim u jednoj državi članici od strane druge države članice, kao i mogućnost prekograničnih pripajanja i spajanja trgovačkih društava iz različitih država članica.

Ove su odredbe, uz kasnije provedenu renumeraciju, te neke, ne i suštinske izmjene, utrle put i harmonizaciji i pravnoj regulaciji pitanja slobode poslovnog nastana.

Na njima se gradila zanimljiva sudska praksa iz koje se može izvesti zaključak da pravo poslovnog nastana EU-a, temeljno ugrađeno u članak 49. TFEU-a, obuhvaća sljedeće:

1/ slobodu osnivanja trgovačkih društava, podružnica i zastupništava u bilo kojoj državi članici EU-a

2/ pravo obnašanja djelatnosti na teritoriju druge države članice pod uvjetima koji vrijede i za državljane dotične države članice

3/ prijenos sjedišta trgovačkog društva iz jedne države članice u drugu i

4/ pravo poslovnog nastana obuhvaća i pitanje migracije trgovačkih društava kroz postupke prekograničnih pripajanja i spajanja.³

Već je na prvi pogled jasno da je riječ o širokom krugu prava koja pokrivaju različite činjenične situacije "kretanja" trgovačkih subjekata na prostoru EU-a.

Sloboda osnivanja tako se odnosi na situacije izvornog osnivanja trgovačkog društva, podružnice ili zastupništva državljana jedne države članice u drugoj državi članici.

² Treaty on the Functioning of the European Union, OJ 115/49, 9. svibnja 2008., u daljnjem tekstu TFEU (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:115:0047:0199:en:PDF>; 17. veljače 2012.).

³ Vidi o tome u: *Report of the Reflection Group on the Future of EU Company Law*, European Commission, Brussels, 5. travnja 2011., str. 13 – 15 (http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/reflectiongroup_report_en.pdf; 17. veljače 2012.); Ringe, W. G., *No Freedom of Emigration for Companies?*, *European Business Law Review*, vol. 16., br. 2, 2005., str. 2 (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1085544; 13. veljače 2012.).

Pravo obnašanja djelatnosti predmnijeva mogućnost obavljanja gospodarskih djelatnosti pod istim uvjetima za sve poduzetnike iz bilo koje države članice EU-a.

Pravo prijenosa sjedišta odnosi se na situacije "imigracije i emigracije" poslovnih subjekata uz priznavanje pravnog subjektiviteta trgovačkom društvu u drugoj državi članici, bez provođenja postupka likvidacije trgovačkog društva.

Postupci prekograničnih pripajanja i spajanja odnose se na poslovne transakcije povezivanja gospodarskih subjekata iz različitih država članica EU-a, pri čemu barem jedno od društava uključeno u transakciju, zbog pripajanja ili spajanja, prenosi svoje sjedište iz jedne države članice u drugu.

Realizacija navedenih prava u praksi nije bila uvijek moguća i jednostavna. Razlog tome su razlike koje postoje u nacionalnim propisima prava društava država članica. To napose vrijedi u pogledu pravne regulacije prijenosa sjedišta trgovačkog društva iz jedne države članice u drugu.

Velik broj europskih država ne dopušta prijenos sjedišta "domaćeg" trgovačkog društva u inozemstvo, bez da trgovačko društvo bude prethodno likvidirano u matičnoj državi članici. Jednako tako, nacionalni propisi nekih država članica ne dopuštaju ni upis stranog društva u sudski registar druge države prijenosom sjedišta društva, već je potrebno provesti "novo osnivanje" u državi u kojoj se namjerava obavljati djelatnost.

Ovaj problem, prema stajalištima stranih i domaćih autora, ishodište ima u različitom pravnom pristupu koji usvajaju države članice u pogledu mjerodavnog prava za trgovačko društvo (*lex societatis*).⁴ Mjerodavno pravo za društvo (*lex societatis*), kao pravilo međunarodnog privatnog prava, definira kojem će se pravnom sustavu podvrgnuti određeno trgovačko društvo od njegova nastanka do njegova prestanka.⁵

Drukčije rečeno, ono određuje hoće li se trgovačko društvo podvrgnuti pravnim pravilima jednog pravnog sustava, dakle zakonodavstvu jedne ili druge države članice.

⁴ Vidi o tome: Wymeersch, E., *The Transfer of the Company's Seat in European Company Law*, Working Paper No. 08/2003, European Corporate Governance Institute, ožujak 2003., str. 7 – 13 (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=384802; 17. veljače 2012.); Frada de Sousa, A., *Company's Cross-border Transfer of Seat in the EU after Cartesio*, Jean Monnet Working Paper 07/09, The Jean Monnet Center for International and Regional Economic Law & Justice, 2009., str. 3 (<http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/09/090701.pdf>; 16. siječnja 2012.).

⁵ Vidi o tome: Bouček, V., *Osobni statut trgovačkog društva i specifičnih europskih trgovačkih društava u Europskom međunarodnom privatnom pravu*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 56, posebni broj, 2006., str. 130.

U Europskim državama postoje dva potpuno različita pristupa u reguliranju ovog pitanja.

Prema prvom, kronološki gledano starijem pristupu, mjerodavno pravo za društvo je pravo države u kojoj je društvo osnovano (teorija osnivanja).

Prema teoriji osnivanja društvo osnovano u jednoj državi ima pravnu pripadnost te države cijeloga svojeg života te se podvrgava njezinu pravnom režimu neovisno o tome gdje se nalazi stvarno sjedište društva i odakle društvo djeluje.

Teorija osnivanja u biti korespondira zahtjevima europskoga prava i jedinstvenog europskog tržišta koje traži ostvarenje pune slobode "kretanja" trgovačkih društava.

Države članice u kojima je ova teorija na snazi (to su u prvom redu Velika Britanija, Irska, Nizozemska) uglavnom ne zabranjuju prijenos sjedišta trgovačkog društva u inozemstvo.

Jednako tako, one dopuštaju stranim trgovačkim društvima prijenos sjedišta društva u njihovu državu jer se prijenosom sjedišta *de facto* ništa ne mijenja. Društvo i dalje ostaje podvrgnuto pravnom režimu države osnivanja.⁶

Za razliku od navedenih država, u državama u kojima je na snazi drugi pristup ili druga teorija, teorija sjedišta, takvo kretanje trgovačkih društava u pravilu nije moguće, što rezultira ograničenjima slobode poslovnog nastana.

Teorija sjedišta polazi od potpuno oprečnih načela i postulata u odnosu na teoriju osnivanja. Prema teoriji sjedišta, osobni statut pravne osobe ili *lex societatis*, ocjenjuje se po pravu države u kojoj se nalazi njezino stvarno sjedište, bez obzira na to gdje je društvo registrirano.⁷ Budući da je sjedište pravne osobe središnja točka iz koje proizlazi njezina aktivnost, za trgovačko društvo je odlučujuće odrediti stvarno, po vođenju poslova izvana vidljivo sjedište.⁸ U tom smislu

⁶ Teorija osnivanja s druge strane otvara drugo pitanje, a to je pitanje ili problem regulatorne konkurencije. O problemu regulatorne konkurencije vidi: Grundman, S., *Regulatory Competition in EU Company Law – Some Different Genius*, u: Ferrarini, G.; Hopt, K.; Wymeersch, E. (ur.), *Capital Markets in the Age of the Euro*, Kluwer Law International, The Hague – London – New York, 2002., str. 562 – 582; Cary, W., *Federalism and Corporate Law: Reflections upon Delaware*, Yale Law Journal, vol. 83., br. 4., 1974., str. 663; Bratton, W.; McCahery, J., *Regulatory Competition as Regulatory Capture: The Case of Corporate Law in the USA* u: Bratton, W. et al. (ur.), *International Regulatory Competition and Coordination*, Oxford University Press, Oxford, 1996., str. 174 – 280.

⁷ Babić, D.; Petrović, S., *Priznanje stranih trgovačkih društava u EU nakon presude Suda EZ u predmetu Centros*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 52, br. 2, 2002., str. 351.

⁸ Bouček, V., *op. cit.* u bilj. 5, str. 133.

ova teorija počiva na ideji stvarne, a ne samo fiktivne sveze između trgovačkog društva i države na čijem prostoru društvo djeluje. Ako takva sveza ne postoji, trgovačko se društvo ne može podvrgnuti pravnom režimu te države.⁹

Teorija sjedišta razvila se u Europi sredinom 19. stoljeća.¹⁰ Na snazi je u brojnim kontinentalnim europskim državama – Belgiji, Njemačkoj, Francuskoj, Austriji. Te su države prihvatile kriterij stvarnog sjedišta kao kolizijsko-pravno sredstvo kontrole nacionalnog gospodarstva. Naime, ako se u određenoj državi dosljedno priznaju društva osnovana u inozemstvu bez obzira na njihovo stvarno sjedište, poduzetnici imaju snažan motiv osnovati društvo u zemlji koja ima liberalnije pravo društava i zatim poslovati u vlastitoj zemlji preko stranog društva. Osnovna politička svrha teorije sjedišta upravo je u tome da se spriječi ovakvo izbjegavanje domaćeg prava.¹¹

Slijedom toga, prema teoriji sjedišta, domaće se pravo ima primjenjivati na sve subjekte koji posluju unutar teritorija neke države, bez obzira na to jesu li oni osnovani na teritoriju te države ili neke druge države.

Države u kojima je ova teorija na snazi redovito imaju restriktivna pravna rješenja u pogledu osnivanja i migracije trgovačkih društava.

One ne dopuštaju prijenos sjedišta iz jedne države u drugu jer takvo ponašanje poslovnih subjekata smatraju frauduloznim pokušajem zaobilaženja domaćeg prava. Takav je pristup još donedavno bio na snazi u njemačkom i austrijskom zakonodavstvu. Međutim, te su države nedavno provele reformu svojega zakonodavstva i odustale od krute primjene teorije sjedišta.¹²

⁹ Wymeersch, E., *op. cit.* u bilj. 4, str. 9.

¹⁰ Povijesni izvori spominju Belgiju kao prvu europsku državu u kojoj je Zakonom o trgovačkim društvima iz 1873. godine uvedena teorija sjedišta. Francuski sudovi su *siège réel* koristili kao poveznicu za pravo mjerodavno za društvo od kraja 19. stoljeća. Jedan je od vodećih predmeta francuskog pravosuđa u slučaju Moulin Rougea, koji je osnovao u Londonu Moulin Rouge Attraction Ltd. s namjerom obavljanja djelatnosti u Engleskoj, ali zadržavajući upravu društva u Francuskoj. Trgovačko društvo kažnjeno je u Francuskoj zbog zaobilaženja i nepoštovanja pravila francuskoga prava te zbog prijevarnog ponašanja s ciljem izbjegavanja pravila osnivanja francuskog prava (Rabel, E., *The Conflicts of Laws – A Comparative Study*, 1st ed., University of Michigan Press – Callaghan and Co., Ann Arbor – Chicago, 1947., str. 43 – 45). U francusko zakonodavstvo teorija osnivanja uvedena je člankom 1837. Građanskog zakonika 1966. godine. U Njemačkoj je teorija sjedišta uvedena kroz praksu sudova. Vidi o tome više: Frada de Sousa, A., *op. cit.* u bilj. 4, str. 6 – 8.

¹¹ Babić, D.; Petrović, S., *op. cit.* u bilj. 7, str. 353.

¹² Njemačka, koja je predstavница država u kojima je na snazi teorija sjedišta, 2008. godine provela je izmjene Zakona o društvima s ograničenom odgovornošću (*Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbrauchen*) s ciljem

I konačno, u Europi postoje i države čija zakonodavstva eksplicitno ne uređuju pitanje prijenosa sjedišta društva (Belgija, Luksemburg).¹³

Isti je problem središnji problem ovoga rada. U hrvatskom zakonodavstvu on nije riješen na zadovoljavajući način na što će biti upozoreno u drugom dijelu rada.

3. SLOBODA POSLOVNOG NASTANA U SEKUNDARNIM PRAVNIM VRELIMA PRAVA EU-a

Uvodno spomenute odredbe osnivačkih Ugovora formulirale su jedan opći i načelni okvir za željene procese integracije europskoga tržišta i drugih segmenata europskoga društva. Međutim, na mikroplanu, unutar pojedinih pravnih područja ili grana, harmonizacija nacionalnih zakonodavstava provodila se (i provodi se) konkretnim pravnim mjerama i instrumentima, ciljano u odnosu na konkretnu potrebu i svrhu koja se u određenom momentu želi postići. Općenito je poznato da su smjernice jedan od najraširenijih instrumenata harmonizacije, napose u sferi materije privatnoga prava. Razvoj europskog prava društava, ali i pravne teorije koja se dotiče uređenja materije slobode poslovnog nastana, obilježen je donošenjem većeg broja smjernica.¹⁴

modernizacije tog oblika trgovačkog društva i povećanja njegove atraktivnosti ulagačima. Prema novom konceptu sjedište društva više ne mora biti u Njemačkoj. Iste su prilagodbe učinjene i u okviru međunarodnog privatnog prava. Vidi o tome: Wooldridge, F.; Davies, L., *Recent Reforms of the German GmbH*, *The Company Lawyer*, vol. 31, br. 2, str. 62 – 64; Schmidt, J., *The New Unternehmensgesellschaft and the Limited – A Comparison*, *German Law Journal*, vol. 9, br. 9, str. 1093 – 1108. Austrijski Vrhovni sud nakon presude Suda EU-a u predmetu Centros zauzeo je stav da u austrijskom nacionalnom zakonodavstvu nema mjesta primjeni teorije sjedišta. Takav je stav, međutim, žestoko kritiziran od strane akademske zajednice. Vidi o tome više: Wooldridge, F.; Davies, L., *loc. cit.*; Kuehrer, N., *Cross-border company establishment in the UK and Austria*, *European Business Law Review*, vol. 12, br. 5-6, 2001., str. 110 – 119.

¹³ Wymeersch, E., *op. cit.* u bilj. 4, str. 10.

¹⁴ U pravnoj teoriji spominju se četiri generacije smjernica iz kojih se iščitavaju različiti ciljevi i politike prava EU-a u odnosu na pravno reguliranje materije prava društava, podredno i pitanja poslovnog nastana. Vidi o tome: Deakin, S., *Regulatory Competition Versus Harmonization in European Company Law*, Working Paper No. 163, ESRC Center for Business Research, University of Cambridge, 2000. (<http://www.cbr.cam.ac.uk/pdf/wp163.pdf>; 14. travnja 2012.); Bratton, W.; McCahery, J.; Vermeulen, E., *How Does Corporate Mobility Affects Lawmaking? A Comparative Analysis*, European Corporate Governance Institute, Law Working Paper No 91/2008., str. 10 (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1086667###; 13. siječnja 2012.).

Međutim, za razmatranje pitanja slobode poslovnog nastana posebnu važnost ima tek nekolicina smjernica. Riječ je o Desetoj smjernici o prekograničnim pripajanjima i spajanjima.¹⁵ Prekogranična pripajanja i spajanja redovito za ishod imaju promjenu sjedišta barem jednog od društava koje sudjeluje u spomenutim poslovnim operacijama. Slijedom toga, valjalo je osvrnuti se na potonje pitanje. U preambuli ove Smjernice navodi se da će se na svako od trgovačkih društava uključenih u postupak pripajanja ili spajanja primjenjivati nacionalna pravila država članica o pripajanju ili spajanju. Dalje se navodi da nacionalni propisi ne smiju sadržavati ili uvoditi nova pravila koja bi za učinak imala ograničenje slobode poslovnog nastana ili slobode protoka kapitala, osim radi zaštite javnog interesa.¹⁶

Nadalje, tu možemo uvrstiti i Jedanaestu smjernicu o objavi podataka za podružnice stranih trgovačkih društava.¹⁷ Cilj je ove Smjernice, među ostalim, olakšati poduzetnicima obavljanje gospodarske djelatnosti u stranim državama, putem podružnica.

Budući da su pitanja o osnivanju i uvjetima djelovanja podružnica podvrgnuta nacionalnim pravilima prava društava, a ona mogu sadržavati odredbe kojima se ograničava sloboda poslovnog nastana, Smjernicom se nastoji standardizirati postupak osnivanja i djelovanja podružnica, ukloniti eventualna ograničenja slobode poslovnog nastana i omogućiti neometano obavljanje djelatnosti putem podružnica.¹⁸

I konačno, među razmatranim dokumentima najveću važnost ima (dugo očekivana) Četrnaesta smjernica o prekograničnom prijenosu sjedišta društava s ograničenom odgovornošću. Njome se trebalo urediti pitanje prijenosa sjedišta društava kapitala sa europskog gospodarskog prostora.

Nacrt Smjernice o prekograničnom prijenosu sjedišta u osnovi je predviđao sljedeće: prijenos sjedišta trgovačkog društva iz jedne države članice u drugu državu članicu bez provođenja postupka likvidacije.

Prijenosom sjedišta društvu bi se priznala pravna osobnost u drugoj državi članici.

¹⁵ Directive 2005/56/EC of the European Parliament and of the Council of 26 October 2005 on cross-border merger of limited liability companies, OJ L 310, 25. studenoga 2005., str. 1 – 9.

¹⁶ *Ibid.*, st. 2. t. 3. preambule.

¹⁷ Eleventh Council Directive 89/666/EEC of 21 December 1989 concerning disclosure requirements in respect of branches opened in a Member State by certain types of company governed by the law of another State, OJ L 395, 30. prosinca 1989., str. 36 – 39.

¹⁸ *Ibid.*, st. 1. – 6. preambule.

Na isto bi se prijenosom sjedišta primjenjivalo pravo države u koju je preneseno sjedište društva.¹⁹ Time bi društvo promijenilo “nacionalnost” i steklo pripadnost države u koju je prenijelo sjedište.²⁰

Navedene odredbe nedvojbeno zadiru u bit problematike slobode poslovnog nastana. Usvajanje ove Smjernice bilo bi korak naprijed u rasvjetljavanju i uređenju problematike prijenosa sjedišta.

Međutim, Smjernica o prekograničnom prijenosu sjedišta do današnjih dana nije stupila na snagu. Prvi je nacrt Smjernice javnosti predstavljen još 2004. godine.²¹ Međutim, na iznenađenje struke, u listopadu 2007. godine Komisija je objavila da odustaje od donošenja potonjeg dokumenta opravdavajući to sljedećim, pomalo dvojbena razlozima. Kao prvi od razloga Komisija navodi nepostojanje ekonomskog interesa za donošenjem takvog dokumenta. Ističe da europski poduzetnici već uživaju punu slobodu poslovnog nastana temeljem postojećeg prava EU-a, a napose temeljem odredbi osnivačkih Ugovora i odluka Suda EU-a.

Drugo, Komisija navodi da bi sam postupak prijenosa sjedišta, s ekonomskog stajališta, bio skup za poduzetnike te da je stoga upitno bi li Smjernica u praksi proizvela željene učinke. Komisija ističe da nema jamstva da bi se donošenjem razmatrane Smjernice ti troškovi smanjili.

I konačno, ističe se da u okviru europskog zakonodavstva već postoji Uredba o statutu europskog društva (*Societas Europaea*) koja poduzetnicima omogućuje, odabirom ovog pravnog oblika trgovačkog društva, neometano “kretanje” europskim gospodarskim prostorom.²²

¹⁹ Vidi o tome dokumente u svezi s nacrtom planiranog prijedloga 14. smjernice o prekograničnom prijenosu sjedišta društava s ograničenom odgovornošću: Cross-border transfer of the registered office of limited companies – The public consultation, Background, str. 1 – 4 (http://ec.europa.eu/internal_market/company/seat-transfer/2004-consult_en.htm#project; 17. veljače 2012.) i dalje: Konzultacije o Akcijskom planu u svezi s odgovorom na Komunikaciju Komisije upućene Vijeću i Parlamentu u dokumentu “Modernizacija prava društava i korporativnog upravljanja u Europskoj Uniji – planirane mjere” (Consultation on the Action Plan (2003), in which connection reference can be made to: Synthesis of the responses to the Communication of the Commission to the Council and the European Parliament ‘Modernising Company Law and Enhancing Corporate Governance in the European Union – A Plan to Move Forward’) COM(2003) 284 final, 21. svibnja 2003., A Working Document of DG Internal Market, 15 November 2003, http://ec.europa.eu/internal_market/company/modern/index_en.htm#communication, 13. ožujka 2012.

²⁰ Vossestein, G. J., *Transfer of the registered office: The European Commission decision not to submit a proposal for a Directive*, Utrecht Law Review, vol. 4, br. 1, 2008., str. 55.

²¹ Vidi o tome: Frada de Sousa, A., *op. cit.* u bilj. 4, str. 52 – 56.

²² Vossestein, G. J., *op. cit.* u bilj. 20, str. 58 – 62.

4. ODLUKE SUDA EU-a

Judikatura Suda EU-a pridonijela je otvaranju i rasvjetljavanju niza pitanja koja se tiču realizacije prava slobode poslovnog nastana. U tom smislu odluke Suda EU-a imaju neprocjenjivu važnost i za pravnu praksu i za pravnu teoriju. Svaka je nova odluka Suda EU-a izazvala pravu buru reakcija u stručnoj javnosti i potaknula sagledavanje problematike poslovnog nastana iz različitih perspektiva, sa stajališta prava društava država članica, međunarodnog privatnog prava, a napose sa stajališta interesa europskoga prava.

Međutim, treba imati na umu da odluke Suda EU-a, koliko god bile važne, nisu formalan izvor prava i u tome je smislu njihov učinak limitiranog dosega. O državama članicama ovisi koliko će imati sluha i provesti prilagodbu svojega zakonodavstva s (novim) sudskim trendovima. Neke su odluke, a napose odluka Suda EU-a u predmetu *Centros*, izazvale snažne reakcije u državama članicama i potaknule val zakonodavnih procesa s konkretnim ishodima za uređenje materije slobode poslovnog nastana.²³ Druge su dobile pozornost samo stručne javnosti ili akademske zajednice bez značajnijih učinaka na praksu država članica.

4.1. Presuda *Centros*²⁴

U predmetu *Centros* danski državljani s prebivalištem u Danskoj odlučili su osnovati društvo u Velikoj Britaniji. Namjera im je bila obnašati djelatnosti u Danskoj. No odlučuju se osnovati trgovačko društvo u Velikoj Britaniji i to kako bi izbjegli obvezu uplate osnivačkog kapitala od 200 000 danskih kruna. Po povratku u Dansku traže upis podružnice društva osnovanog u Velikoj Britaniji u sudski registar u Danskoj.

Njihov je zahtjev odbilo prvostupanjsko tijelo uz obrazloženje da je namjera danskih državljana bila prijevarno izbjeći primjenu danskih propisa, koji propisuju bitno veći osnivačkih kapital za osnivanje trgovačkih društava od propisa Velike Britanije.

Ističe se i činjenica da je podružnica trebala poslovati isključivo na području Danske te da s Engleskom nije postojala stvarna veza koja bi opravdavala primjenu prava države osnivanja. Postupak se vodi pred drugostupanjskim su-

²³ Vidi o tome: Babić, D.; Petrović, S., *op. cit.* u bilj. 7, str. 370 – 373.

²⁴ C-212/97 *Centros Ltd. vs. Erhvevs-og Selskabsstyrelsen*, 9. ožujka 1999., (1999) ECR I-1459.

dom, koji od Suda EU-a traži da odgovori na sljedeće pitanje: smije li se društvu uskratiti sloboda poslovnog nastana ako iskorištava pravo Zajednice da bi zaobišao nepovoljnije domaće propise?

Sud EU-a odlučio je da je odbijanje registracije podružnice u Danskoj protivno člancima 43. i 48. Ugovora o EU-u. Prema shvaćanju Suda EU-a ovdje nije bila riječ o prijevornom zaobilaženju prava, već o legitimnom ostvarivanju slobode poslovnog nastana.²⁵

Iako u konkretnom slučaju Sud EU-a nije neposredno raspravljao o sukladnosti teorije stvarnog sjedišta s pravilima prava EU-a o slobodi poslovnog nastana, reperkusije koje su uslijedile najviše se bave upravo razjašnjenjem potonjeg pitanja.²⁶

Odgovor na isto pitanje daje Sud EU-a već u svojem sljedećem predmetu, *Überseering*.

4.2. Presuda *Überseering*²⁷

U ovome je predmetu nizozemsko trgovačko društvo *Überseering* steklo nekretnine u Njemačkoj te je sklopilo ugovor o izvođenju građevinskih radova na njima s njemačkim trgovačkim društvom. Nezadovoljno obavljenim poslovima, trgovačko društvo *Überseering* tuži njemačkog izvođača radova pred Zemaljskim sudom u Düsseldorfu i traži naknadu štete uz pripadajuće kamate.

Zemaljski sud odbacio je tužbu, a njegovu je presudu potvrdio i Viši zemaljski sud uz argumentaciju da trgovačko društvo *Überseering* nema pravnu sposobnost u Njemačkoj, pa slijedom toga ni stranačku sposobnost u smislu njemačkog Građanskog parničnog postupka.

U žalbenom postupku koji se vodi pred Saveznim sudom Savezni sud traži od Suda EU-a da se očituje o navedenom, odnosno da odgovori na pitanje po pravu koje države treba prosuđivati pravnu sposobnost trgovačkih društava (države u kojoj je društvo osnovano ili države u kojoj društvo ima stvarno sjedište) te je li negiranje pravne sposobnosti poslovnom subjektu osnovanom u jednoj državi članici suprotno pravilu o slobodi poslovnog nastana?

²⁵ *Ibid.*, par. 24., 25.

²⁶ Primjerice, austrijski Vrhovni sud nakon donošenja presude u predmetu *Centros* zauzeo je stav da se teorija sjedišta neće primjenjivati na trgovačka društva osnovana u nekoj državi članici. Vidi: OGH 15.07.1999, 6 Ob 123/99 b, RdW 1999, 719; OGH 15.07.1999, 6 Ob 124/99 z, wbl 2000, 85; OGH 11.11.1999, 6 Ob 122/99 f, ecolex 2000, 725 = RdW 2000, 154.

²⁷ C 208/00 *Überseering BV vs. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*, 5. studenoga 2002., (2002) ECR I-9919.

U obrazloženju presude Sud EU-a zauzima stav da sukladno članku 43. Ugovora o EU-u slobodu poslovnog nastana uživaju sva trgovačka društva valjana osnovana u jednoj državi članici u kojoj imaju svoje registrirano sjedište te da članci 43. i 48. Ugovora o EU-u nameću obvezu drugoj državi članici da prizna pravnu sposobnost trgovačkim društvima osnovanim u drugoj državi članici, kao i da bude strankom u sudskom postupku koji se vodi u drugoj državi članici.

Nadalje, Europski sud drži da bi bila riječ o “negiranju slobode poslovnog nastana” ako nizozemsko trgovačko društvo, koje je valjano osnovano po nizozemskom pravu i po njemu ima poslovnu sposobnost, ne bi i nadalje bilo poslovno sposobno zbog premještanja svojeg stvarnog sjedišta u Njemačku, a gdje bi zbog primjene teorije stvarnog sjedišta tu istu pravnu i stranačku sposobnost izgubilo.

Presuda u predmetu *Überseering* prema stavu doktrine možebitni je početak kraja primjene teorije stvarnog sjedišta.²⁸

Na temeljima izložene presude njemački Savezni sud u ožujku 2003. godine donio je presudu iz koje nedvojbeno proizlazi da je Njemačka kao i svaka druga država članica dužna priznati pravnu osobnost trgovačkom društvu valjanom osnovanom u nekoj drugoj državi članici.²⁹

U predmetu *Überseering* Sud EU-a nije neposredno raspravljao o problematici mjerodavnog prava za društvo, međutim, iz odluka Suda u EU-u ipak se dade naslutiti, u kasnijim presudama potvrđeno stajalište, da je teorija sjedišta nespojiva sa zahtjevima europskoga prava kojima se traži ostvarenje pune slobode poslovnog nastana.

4.3. Presuda *Inspire Art*³⁰

U predmetu *Inspire Art* trgovačko društvo *Inspire Art*, osnovano u Velikoj Britaniji, u Nizozemskoj osniva podružnicu i upisuje je u nizozemski Trgovački registar.

²⁸ Vidi o tome: Baldwin, T.; Baelz, K., *The End of the Real Seat Theory: the EJC decision in Überseering of 5 November 2002 and its impact on German and European Company Law*, German Law Journal, vol. 3, br. 12, 2002., str. 1 – 5; Lowry, J., *Eliminating Obstacles to Freedom of Establishment: The Competitive Edge of UK Company Law*, The Cambridge Law Journal, vol. 63, br. 2, 2004., str. 331 – 345.

²⁹ Wooldridge, F., *Überseering: Freedom of Establishment of Companies Affirmed*, European Business Law Review, vol. 14, br. 3, 2003., str. 227 – 235.

³⁰ C- 167/01 Mamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam vs. *Inspire Art Ltd*, 30. rujna 2003., (2003) ECR I-2219.

Jedini član i osnivač društva živi u Nizozemskoj. Društvo namjerava obnašati djelatnost isključivo na tržištu Nizozemske.

S obzirom na potonje činjenice nizozemski Trgovački registar pri Trgovačkoj komori zauzima stajalište da se trgovačko društvo Inspire Art treba smatrati pseudostranim trgovačkim društvom te da se u tom smislu mora uskladiti s odredbama Zakona o formalno stranim trgovačkim društvima, napose u pogledu imena tvrtke kojoj se treba dodati oznaku "formalno strano trgovačko društvo" te u pogledu uplate zakonom propisanog iznosa temeljnog kapitala. Inspire Art se usprotivio takvom zahtjevu za dopunu podataka u Trgovačkom registru, navodeći da se rečeno trgovačko društvo ne može smatrati pseudostranim trgovačkim društvom u smislu relevantnih nizozemskih propisa te i zato što smatra da su odredbe Zakona o pseudostranim trgovačkim društvima suprotne pravu Zajednice o slobodi poslovnog nastana.

Kantonalni sud iz Amsterdama, pred kojim se vodio žalbeni postupak, traži od Suda EU-a da u prethodnom postupku odgovori na pitanje jesu li spomenuta pravila nizozemskog Zakona o formalno stranim trgovačkim društvima suprotna pravu Zajednice, posebno ističući okolnost da je osnovni razlog osnivanja trgovačkog društva Inspire Art u Velikoj Britaniji bio prijevarno zaobilaženje nizozemskog prava.

O pitanju može li se zaobilaženje nepovoljnijeg domaćeg zakonodavstva smatrati prijevornim zaobilaženjem prava Sud EU-a već se prethodno očitovao u predmetu Centros u kojem navodi da se mogućnost osnivanja trgovačkog društva u državi članici koja ima povoljniji režim osnivanja ne može smatrati frauduloznim zaobilaženjem domaćeg prava, već da je riječ o legitimnom ostvarenju slobode poslovnog nastana.³¹ Istu logiku Sud EU-a slijedi i u predmetu Inspire Art.

Kada je riječ o pitanju sukladnosti pravila nizozemskog zakonodavstva s pravilima Zajednice o slobodi poslovnog nastana, Sud EU-a zauzima stav da su ona suprotna pravu Zajednice te da države članice ne mogu donošenjem posebnih propisa (poput osporavanog nizozemskog Zakona o formalno stranim trgovačkim društvima) otežavati ostvarenje slobode poslovnog nastana. Prema stajalištu Suda EU-a primjena nacionalnih mjera država članica bit će opravdana samo iznimno, ako su kumulativno ispunjeni sljedeći uvjeti: 1/ ako se nacionalne mjere ne primjenjuju na diskriminirajući način na domaće i strane poduzetnike, 2/ ako su donesene radi zaštite javnog interesa, 3/ ako su nužne

³¹ Centros, *op. cit.* u bilj. 24, par. 27.

za ostvarenje cilja koji se primjenom mjera želi postići, 4/ ako ne prelaze granice onoga što je nužno za ostvarenje cilja koji se treba ostvariti.³²

Kako Sud na temelju činjenica u ovome predmetu nije utvrdio da su ispunjene potonje pretpostavke, u konačnici pravila nizozemskoga prava ocjenjuje suprotnima pravu Zajednice o slobodi poslovnog nastana.

Odluka Suda EU-a o predmetu *Inspire Art* i ranije u predmetu *Centros* imala je ozbiljne implikacije na primjenu teorije sjedišta kao jedne od teorija na temelju koje se određuje mjerodavno pravo za društvo. Sud je svojim tumačenjem eliminirao glavni razlog primjene teorije sjedišta, odnosno načelno dopustio mogućnost odabira (povoljnijeg) pravnog sustava osnivanja trgovačkih društava tzv. *forum shopping*.³³

4.4. Presuda *Cartesio*³⁴

U najnovijoj odluci Suda EU-a koja se bavi pitanjem slobode poslovnog nastana u predmetu *Cartesio* iz 2008. godine Sud EU-a ponovo raspravlja o dopustivosti prijenosa sjedišta trgovačkog društva iz jedne države članice u drugu.

Sud je o istome pitanju već prethodno raspravljao u predmetu *Daily Mail*³⁵ 1988. godine u kojem je trgovačko društvo *Daily Mail* zbog poreznih razloga odlučilo prenijeti sjedište društva iz Velike Britanije u Nizozemsku. Prema stavu Suda EU-a zauzetom u tom predmetu sloboda poslovnog nastana ne jamči i mogućnost prijenosa sjedišta trgovačkog društva u drugu državu. Podredno, Sud EU-a zaključuje i da trgovačko društvo osnovano po nacionalnom pravu jedne države, koje određuje njegovo osnivanje i postojanje, izvan toga pravnog područja nema realnosti³⁶, ostavljajući time rješenje navedenog pitanja u ingerenciji prava država članica.

U predmetu *Cartesio*, dvadeset godina kasnije, Sud EU-a ponovo treba odlučivati o istome pitanju, no ovoga puta o prijenosu sjedišta mađarskog trgovačkog društva u Italiju. Iako razlozi prijenosa sjedišta nisu bili isti, predmet

³² Više o tome: Schindler, P.; Kersting, C., *The EJC's Inspire Art Decision of 30 September 2003 and its Effects on Practice*, German Law Journal, vol. 4, br. 12, 2003., str. 1282 – 1284.

³³ *Ibid.*, str. 1282.

³⁴ C- 210/06 *Cartesio Oktató és Szolgáltató* bt, 16. studenoga 2008., (2008) ECR I-9641.

³⁵ C -81/97 *The Queen vs. H.M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue*, 27. rujna 1988., (1988) ECR 5483.

³⁶ *Ibid.*, t. 19.

je ponovo privukao pozornost struke, čija su očekivanja bila da će Sud EU-a nakon presuda u predmetu Centros, Inspire Art i drugima, moguće izmijeniti prethodno zauzeto stajalište, što se, međutim, nije dogodilo.

U navedenom je predmetu mađarsko trgovačko društvo Cartesio donijelo odluku o prijenosu sjedišta društva u Italiju, gdje je namjeravalo obnašati glavninu svojih djelatnosti.

Sukladno pravilima mađarskoga prava prijenos sjedišta trgovačkog društva osnovanog u Mađarskoj u drugu državu nije bio moguć bez prethodnog provođenja postupka likvidacije nad njim i novog osnivanja u državi članici. Društvu, dakle, nije bilo dopušteno prenijeti sjedište u drugu državu i ostati pri tome podvrgnuto pravilima mađarskoga prava.

U postupku koji se temeljem zahtjeva Prizivnog suda u Szegedu vodi pred Sudom EU-a Sud treba dati odgovor na pitanje je li propis države članice koji zabranjuje trgovačkom društvu osnovanom temeljem prava te države članice prijenos sjedišta u drugu državu članicu, a da društvo pri tome zadrži pravnu osobnost u državi osnivanja, protiv članica 43. i 48. Ugovora o EU-u.

Sud u pogledu navedenog iznosi sljedeće: navodi da “prema sadašnjem pravu Zajednice, članak 43. i 48. Ugovora o EU-u treba tumačiti tako da državi članici, po čijem je pravu društvo osnovano, ne može biti uskraćeno zakonom spriječiti prijenos sjedišta društva u drugu državu članicu, sve dok ono zadržava pravnu osobnost u državi u kojoj je društvo osnovano”.³⁷ Time Sud, unatoč stavu koji u predmetu zauzima neovisni odvjetnik Maduro, koji ističe da odredbe nacionalnog prava po kojemu je trgovačko društvo osnovano ograničavaju slobodu poslovnog nastana iz članka 43. i članka 48. Ugovora o EU-u ako se njima sprečava premještanje sjedišta uprave i poslovanja u drugu državu³⁸, u biti ostaje dosljedan stajalištu koje je zauzeo i u predmetu Daily Mail.

Međutim, u presudi Cartesio Europski sud odgovorio je i na pravno pitanje koje do tada nije razmatrao i o kojem nije presudio, a ono glasi: Smije li država članica EU-a kao država osnivanja i po čijem pravu trgovačko društvo posluje tome trgovačkom društvu zabraniti prijenos njegova sjedišta iz jedne države članice u drugu?³⁹

³⁷ Cartesio, *op. cit.* u bilj. 34, toč. 4. izreke i paragraf 124. presude.

³⁸ Vidi: Opinion of Advocate General Poiares Maduro delivered on 22 May 2008, par. 25. (<http://eur-ex.europa.eu/Notice.do?val=470901:cs&lang=en&list=489352:cs,484894:cs,470901:cs,430131:cs,&pos=3&page=1&nbl=4&pgs=10&hwords=cartesio%20oktatoč&checktexte=checkbox&visu=#OP>; 11. ožujka 2012.).

³⁹ Bouček, V.; Pejčić, L., *Presuda Cartesio i osobni statut trgovačkog društva – (dis)kontinuitet sudske prakse Europskog suda*, Hrvatska pravna revija, vol. 9, br. 10, 2009., str. 65.

U pogledu navedenog Sud zaključuje da se pravna situacija u kojoj mađarsko trgovačko društvo želi prenijeti sjedište u Italiju i pritom zadržati mađarsku pravnu pripadnost ne smatra prijenosom registriranog sjedišta u drugu državu, već da je u potonjem slučaju riječ o prijenosu stvarnog sjedišta bez promjene mjerodavnog prava.

Ovime Sud postavlja temelje razlikovanja registriranog sjedišta (pravnog sjedišta) društva od stvarnog sjedišta društva.

Ako, dakle, država osnivanja ne dopušta razdvajanje pravnog i stvarnog sjedišta, što je bio slučaj u predmetu *Cartesio*, onda se postojeće ograničenje kretanja društva ne može smatrati povredom prava o slobodi poslovnog nastana.

Budući da je država članica ovlaštena odrediti poveznice osobnog statuta trgovačkog društva, tada ona ima pravo trgovačkom društvu koje je osnovano po njezinu nacionalnom pravu ne dopustiti da zadrži njezinu pripadnost ako se trgovačko društvo namjerava reorganizirati u drugoj državi članici premještanjem svojega sjedišta u tu državu, gubeći pritom vezujući faktor koji se traži po pravu države u kojoj je osnovana.⁴⁰

5. *DE LEGE FERENDA* – REFLECTION GROUP ON THE FUTURE OF EU COMPANY LAW⁴¹

Dosadašnje je izlaganje u radu bilo posvećeno pravnoj regulaciji materije poslovnog nastana i presudama Suda EU-a u rješavanju pitanja koja dotiču pitanja slobode poslovnog nastana od početaka europskog integriranja, pa sve do danas.

U tom smislu prethodni je dio rada svojevrsan kronološki osvrt na dosadašnju regulaciju materije o slobodi poslovnog nastana u okviru zakonodavstva i prakse EU-a.

U daljnjem se dijelu rada iznose promišljanja o budućim pravcima razvoja prava društava na razini EU-a, a napose u odnosu na reguliranje pitanja slobode poslovnog nastana, temeljno bazirana na dvama dokumentima.

Prvi je Izvješće radne skupine EU-a zadužene za razvoj prava društava iz svibnja 2011. godine. Drugi je Izvješće Odbora za pravna pitanja s preporukom Komisiji za usvajanje 14. smjernice prava društava o prekograničnom pri-

⁴⁰ *Ibid.*, str. 66.

⁴¹ Report of the Reflection Group on the Future of EU Company Law, European Commission, Brussels, 5. travnja 2011. (http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/reflectiongroup_report_en.pdf; 12. ožujka 2012.).

jenosu sjedišta⁴², koje je objavljeno u siječnju 2012. godine. Potonji dokument "baca sasvim novo svjetlo" na razvoj događaja u svezi s reguliranjem pitanja sjedišta društva u okviru EU-a i konačnog usvajanja 14. smjernice o prijenosu sjedišta društva.

5.1. Reflection Group on the Future of EU Company Law

Opsežan dokument pod nazivom Reflection Group On the Future of EU Company Law, koji je Komisija objavila u svibnju 2011. godine, svojevrsan je rezime do sada učinjenog u sferi harmonizacije prava društava na razini EU-a, ali i dokument koji treba poslužiti kao okvir za buduće zakonodavne aktivnosti. U njemu se sublimiraju najvažnija buduća pitanja i područja harmonizacije.

To su pitanja odnosa dobrog upravljanja i dugoročnog prosperiteta europskih trgovačkih društava⁴³, pitanje pravne regulacije povezanih društava.⁴⁴

I konačno, među inima posebna se pozornost posvećuje pitanjima i mjerama koje će se *pro futuro* poduzeti u segmentu reguliranja pitanja slobode poslovnog nastana, napose u odnosu na pitanje prijenosa sjedišta društva.⁴⁵

U pogledu potonjeg Komisija zaključuje da je sadašnje stanje, sukladno kojem europski poduzetnici mogu iskoristiti pogodnost osnivanja trgovačkog društva u bilo kojoj državi članici, ali ne i prenijeti sjedište trgovačkog društva iz jedne države članice u drugu, nelogično i neodrživo. Jednako tako, apsurdno je da oni mogu provesti prekogranično pripajanje i spajanje, ali ne i prenijeti sjedište tako nastalog društva u drugu državu članicu.⁴⁶

Potonji problem postoji samo u državama u kojima je na snazi teorija sjedišta. Isključivo pogođeni su poduzetnici iz onih europskih država u kojima je na snazi teorija sjedišta.

Države u kojima je na snazi teorija osnivanja nemaju ograničenja o prijenosu sjedišta, a i isto se ograničenje, ni u državama u kojima je na snazi teorija

⁴² Report with recommendations to the Commission on a 14th company law directive on the cross-border transfer of company seats, Committee on Legal Affairs (2011/2046/INI) 9. siječnja 2012., toč. E (<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A7-2012-0008&language=EN>; 12. ožujka 2012.).

⁴³ Report of the Reflection Group on the Future of EU Company Law, *op. cit.* u bilj. 41, glava 3., str. 36 – 55.

⁴⁴ *Ibid.*, glava 4., str. 57 – 73.

⁴⁵ *Ibid.*, glava 2., str. 13 – 34.

⁴⁶ *Ibid.*, str. 18.

sjedišta, ne primjenjuje na strane poduzetnike koji ulaze na teritorij države, već samo na domaće poduzetnike.

Takvo pravno stanje dovodi u neravnotežan i nepovoljniji položaj poduzetnike iz pojedinih europskih država. Slijedom navedenog, jedan od mogućih načina rješavanja razmatranog problema Komisija vidi u napuštanju teorije sjedišta.

U tom smislu Komisija *pro futuro* sugerira sljedeće:

1/ Provođenje rasprave i komparativne studije o mogućnosti napuštanja teorije sjedišta u onim državama u kojima je teorija sjedišta na snazi⁴⁷

2/ ujednačavanje zakonodavstva država članica koje se odnosi na pitanje prijenosa sjedišta ili kroz postupke prekograničnih pripajanja i spajanja, podjelom društva ili na druge načine

3/ jednako reguliranje pitanja poreznog režima za trgovačka društva koja se odluče za prijenos sjedišta, kao i pitanja zaštite vjerovnika, dioničara, zaposlenika.⁴⁸

Zaključno, jedan je od (neuobičajenih) prijedloga Komisije (doduše prilično neodređen i nejasan) i stvaranje novih oblika "europskih društava" koji bi postupno trebali zamijeniti postojeće oblike trgovačkih društava koji već postoje u nacionalnim zakonodavstvima.⁴⁹ Iz potonjeg je razvidno da Komisija ne odustaje od ideje (postupne) unifikacije prava društava na europskoj razini s ciljem uklanjanja barijera neometanoj trgovini na unutarnjem tržištu. No, ako se s druge strane u obzir uzme sadašnje stanje, nije jasno na čemu Komisija temelji svoja promišljanja i optimizam.

Mjere harmonizacije u sferi prava društava, ali i ugovornog prava, do sada su uvijek bile ograničena dosega i samo u odnosu na pojedina pitanja.⁵⁰ Rasprave o višem stupnju unifikacije privatnog prava u cjelini nisu naišle na plodno tlo u državama članicama. Stoga nije opravdano očekivati da će se na razini nacionalnih prava društava u dogledno vrijeme događati promjene značajnijeg opsega.

Harmonizacija putem smjernica i dalje ostaje dominantan model harmonizacije. Može se očekivati da će se i dalje poduzimati mjere harmonizacije u svezi s gorućim problemima povezanim s ostvarenjem temeljnih sloboda iz

⁴⁷ *Ibid.*, str. 24.

⁴⁸ *Ibid.*, str. 76 – 77.

⁴⁹ *Ibid.*, str. 77.

⁵⁰ Više o tome: Twigg-Flesner, C., *The Europeanization of Contract Law*, Routledge – Cavendish, London – New York, 2008., str. 4 – 54.

osnivačkih ugovora. Tu svakako pripada i ostvarenje pune slobode kretanja trgovačkih društava.

No riječ je samo o djeliću pravne materije. Pravno reguliranje materije prava društava, kao i cjelokupne materije privatnog prava, i dalje ostaje nacionalno obojeno, a razlike u pravnom uređenju materije prava društava između država članica značajne, često i nepremostive.

5.2. Izvješće Odbora za pravna pitanja s preporukom Komisiji za usvajanje 14. smjernice prava društava o prekograničnom prijenosu sjedišta

Izvješće Odbora za pravna pitanja s preporukom Komisiji za usvajanje 14. smjernice prava društava o prekograničnom prijenosu sjedišta daje radikalno drukčiju notu raspravi o pravnom uređenju materije o prijenosu sjedišta trgovačkih društava.

Riječ je o dokumentu iz siječnja 2012. godine u kojem se nedvosmisleno i jasno od Komisije traži da poduzme sve potrebne mjere za donošenje ranije odgođene 14. smjernice prava društava o prekograničnom prijenosu sjedišta društva. Osnovna je poruka Odbora, upućena Komisiji EU-a, da je krajnje vrijeme da se pristupi donošenju 14. smjernice o prijenosu sjedišta društva zato što nepostojanje pravne regulative o navedenom dodatno komplicira situacije prekograničnog prijenosa sjedišta društva.

Odbor među ostalim navodi da nije zadaća Suda EU-a da postavlja pravne standarde regulacije predmetne materije, već da je to posao zakonodavca⁵¹ kojemu se stoga treba pristupiti u najkraćem mogućem roku.

Odbor navodi neke od problema koji se mogu dovesti u svezu s nereguliranjem materije o prijenosu sjedišta na razini EU-a.

Ističe da su europska trgovačka društva u poslovanju i dalje suočena s brojnim preprekama administrativne naravi, što ima negativne posljedice na razvoj europskog gospodarstva u cjelini.⁵² Nadalje se navodi da treba spriječiti praksu otvaranja tzv. *letter box companies* jer je takva praksa štetna s poreznog, financijskog i socijalnog stajališta⁵³ te da je u tom smislu uputnije putem smjernice regulirati pitanje prekograničnog prijenosa sjedišta, vodeći pri tome računa o

⁵¹ Report with recommendations to the Commission on a 14th company law directive on the cross-border transfer of company seats, *op. cit.* u bilj. 42, t. E, str. 5.

⁵² *Ibid.*, t. F.

⁵³ *Ibid.*, t. H.

svim važnim pitanjima poput zaštite dioničara, vjerovnika i drugim pravnim i financijskim posljedicama takva čina.⁵⁴ Kao prilog potonjeg dokumenta Odbor u aneksu navodi i sedam preporuka, koje u biti čine minimalni preporučeni sadržaj buduće Smjernice, koji bi Komisija trebala uzeti u obzir pri izradi teksta 14. smjernice o prekograničnom prijenosu sjedišta.

Preporuka broj 1 regulira pitanje primjene Smjernice. Ona bi se, prema prijedlogu, trebala odnositi samo na prekogranični prijenos sjedišta društava s ograničenom odgovornošću. Izvan njezina dosega ostali bi ostali oblici trgovačkih društava.

Preporuka broj 2 definira temeljne pravne učinke prijenosa sjedišta. Države članice ne bi mogle ograničiti pravo na prijenos sjedišta društva iz jedne države članice EU-a u drugu.

Prijenosom sjedišta društvo ne bi izgubilo pravnu osobnost, već bi nakon provedenog prijenosa steklo "nacionalnost" države u koju je prenijelo sjedište. Postupak likvidacije nad društvom koje prenosi sjedište ne bi se provodio. Prijenos sjedišta ne bi za učinak imao promjene u pravnim donosima koje je društvo prethodno imalo s trećim osobama. I posljednje, prijenos sjedišta bio bi porezno neutralan u skladu s odredbama Smjernice 90/434/EEC.⁵⁵

Preporuka broj 3 definira tehnička pitanja u svezi s prekograničnim prijenosom sjedišta kao što su obveza objave plana o namjeri prekograničnog prijenosa sjedišta, sadržaj plana o prekograničnom prijenosu sjedišta, obveze uprave društva u slučaju prekograničnog prijenosa sjedišta te s tim u svezi prava članova društva i zaposlenika.

Preporuka broj 4 referira na statusnopravna pitanja koja bi se Smjernicom trebala definirati kao što je pitanje izmjene ugovora o osnivanju, promjena tvrtke trgovačkog društva, zaštita manjinskih dioničara, definiranje pitanja u svezi sa sudjelovanjem radnika u tijelima upravljanja društva nakon prijenosa sjedišta i druga.

Preporuka broj 5 uređuje pitanja u svezi s obvezama i pravima države u koju se prenosi sjedište. Države članice imale bi diskrecijsko pravo utvrditi je li prijenos sjedišta proveden sukladno pravilima domaćeg zakonodavstva. Preporuka sadržava i druga pitanja u svezi s registracijom društva kod nadležnog tijela u drugoj državi članici.

⁵⁴ *Ibid.*, t. I do N.

⁵⁵ Council Directive 90/434/EEC of 23 July 1990 on the common system of taxation applicable to mergers, divisions, transfers of assets and exchanges of shares concerning companies of different Member States, OJ L 225, 20. kolovoza 1990.

Preporuka broj 6 sugerira da prijenos sjedišta u drugu državu članicu ne bi bio moguć za trgovačka društva nad kojima je u matičnoj državi pokrenut stečajni ili likvidacijski postupak.

I posljednja preporuka broj 7 posvećena je uređenju prava zaposlenika. Ističe se da bi se prava zaposlenika trebala očuvati i nakon prijenosa sjedišta društva u drugu državu članicu te da bi se na njih trebalo primjenjivati pravo države u koju je društvo prenijelo sjedište pod uvjetom da se njime zaposlenicima osigura barem ista razina prava koju su uživali u matičnoj državi članici. Svoj je obol pravnom uređenju ovog pitanja u istome dokumentu dalo i Vijeće zaduženo za socijalna pitanja i pitanja zapošljavanja, koje iznosi niz sugestija koje bi radi zaštite radničkih prava trebalo uzeti u obzir u slučajevima prijenosa sjedišta društva iz jedne države članice u drugu.⁵⁶

6. PRAVNA REGULACIJA SJEDIŠTA DRUŠTVA U HRVATSKOM ZAKONODAVSTVU

Pravno uređenje materije o sjedištu društva u hrvatskom zakonodavstvu datira još iz vremena prvog zakonskog teksta Zakona o trgovačkim društvima (dalje u tekstu: ZTD) iz 1995. godine. I dok je cjelokupno pravo društava u nacionalnim okvirima bilo podvrgnuto korjenitim i brojnim izmjenama, te su izmjene, barem za sada, zaobilazile problematiku određenja sjedišta društva.⁵⁷

Neke su od novina u pogledu potonjeg uvedene odredbama Zakona o uvođenju Europskog društva (*Societas Europaea*, dalje u tekstu: SE)⁵⁸, za koji je određeno da stupa na snagu ulaskom Hrvatske u EU.⁵⁹ Međutim, iste se odredbe primjenjuju isključivo na SE kao europski oblik društva. Ne primjenjuju se na ostala (domaća) trgovačka društva, slijedom čega su u kontekstu ovoga rada manje relevantne.

Kada je riječ o pozitivnopravnim vrelima domaćeg zakonodavstva koja uređuju pitanje sjedišta društva i mjerodavno pravo za društvo, valja spomenuti relevantne odredbe ZTD-a koje su *lex specialis* za pravno uređenje sjedišta domaćih i inozemnih trgovačkih društava te Zakona o rješavanju sukoba zakona

⁵⁶ Report with recommendations to the Commission on a 14th company law directive on the cross-border transfer of company seats, *op. cit.* u bilj. 42, str. 13 – 16.

⁵⁷ Zakon o trgovačkim društvima, Narodne novine, br. 111/1993, 34/1999, 52/2000, 118/2003, 107/2007, 146/2008, 137/2009, 111/2012.

⁵⁸ Odluka o proglašenju Zakona o uvođenju Europskog društva (SE), Narodne novine, br. 107/2007.

⁵⁹ *Ibid.*, čl. 47.

s propisima drugih zemalja u određenim odnosima⁶⁰ čije odredbe reguliraju pitanja određenja mjerodavnog prava za društvo (*lex societatis*).⁶¹

6.1. Sjedište društva u ZTD-u

Odredbe o sjedištu društva dijelom su zajedničkih odredbi ZTD-a te posebnih odredbi za svaki pojedini oblik trgovačkog društva. ZTD propisuje da svako društvo pravna osoba mora imati sjedište. Društva koja nemaju pravnu osobnost nemaju sjedište. Društvo može imati samo jedno sjedište. Ono se određuje u aktima osnivanja i upisuje se u sudski registar.

Kada je riječ o načinu određenja sjedišta, ZTD nudi dvije opcije. Kao sjedište društva može se navesti: 1/ mjesto na kojem se nalazi uprava društva i odakle se upravlja poslovima društva ili je to 2/ mjesto u kojem društvo trajno obavlja svoju djelatnost.

Određenje sjedišta društva prepušteno je slobodnoj odluci članova društva, pa će o tome, ovisno o tipu društva i onome što je predviđeno njegovim temeljnim aktom, odlučivati članovi društva ili organi.

U slučaju da se ne može sa sigurnošću odrediti je li sjedište društva mjesto u kojem se nalazi uprava ili je to mjesto u kojem društvo pretežito obavlja svoju djelatnost, ZTD propisuje da se u tom slučaju sjedištem smatra ono mjesto koje je upisano u sudskom registru.⁶² Iz ovoga proizlazi da ZTD prihvaća teoriju osnivanja. No, kada se sjedište društva nalazi u mjestu različitom od mjesta u kojem je društvo upisano u sudski registar, ZTD propisuje da se sjedištem može smatrati i mjesto u kojem je uprava društva ili mjesto u kojem se trajno obavlja neka djelatnost društva.

ZTD dopušta promjenu sjedišta društva. Sjedište društva mijenja se na način predviđen u aktima društva. Promjena sjedišta upisuje se u sudski registar.⁶³

U pogledu prijenosa sjedišta društva u inozemstvo ZTD sadržava samo jednu odredbu. U čl. 38. st. 2. određuje se da je za prijenos sjedišta društva u inozemstvo potrebna prethodna suglasnost Ministarstva financija.

⁶⁰ Zakon o rješavanju sukoba zakona s propisima drugih zemalja u određenim odnosima, Narodne novine, br. 53/1991, 88/2001; dalje u tekstu: ZRSZSPDR.

⁶¹ Čl. 17. ZRSZSPDR propisuje sljedeće: "Pripadnost pravne osobe određuje se po pravu države po kojem je ona osnovana. Ako pravna osoba ima stvarno sjedište u drugoj državi, a ne u onoj u kojoj je osnovana i po pravu te druge države ima njezinu pripadnost, smatrat će se pravnom osobom te države".

⁶² Čl. 37. st. 4. ZTD-a.

⁶³ Čl. 38. st. 1. i 3. ZTD-a.

Iz navedenog proizlazi da ZTD načelno dopušta prijenos sjedišta trgovačkog društva osnovanog u Hrvatskoj u inozemstvo. Za to će, sukladno odredbi iz čl. 38. st. 2., biti potrebno pribaviti suglasnost Ministarstva financija.

To znači da nakon dobivene suglasnosti Ministarstva financija i provjere o podmirivanju financijskih obveza u Republici Hrvatskoj trgovačko društvo može svoje sjedište prenijeti u neku drugu državu.

U teoriji je takvo što možda i moguće zamisliti, ali u praksi je takva poslovna operacija neprovediva. Razlozi u osnovi leže u nedostatku regulative na temelju koje bi se cijeli postupak u praksi proveo. Sadašnja rješenja ZTD-a, Zakona o sudskom registru⁶⁴, Pravilnika o načinu upisa u sudski registar⁶⁵ i druga ne predviđaju pravila na temelju kojih bi se mogao provesti postupak prijenosa sjedišta hrvatskog trgovačkog društva u inozemstvo, kao ni pravila na temelju kojih bi strano trgovačko društvo moglo provesti prijenos sjedišta iz inozemstva u Hrvatsku. U oba slučaja sudski registar ne bi imao pravni temelj po kojem bi mogao postupati i morao bi takav zahtjev odbiti.

No navedeni je problem samo jedan od uočenih problema koji bi se javio u situaciji namjere prijenosa sjedišta stranog trgovačkog društva u Hrvatsku i obrnuto.

Domaće zakonodavstvo ne daje odgovore ni na brojna druga pitanja koja proizlaze iz, za sada, hipotetske situacije prijenosa sjedišta. Primjerice, kakav bi bio položaj trgovačkog društva u domaćem pravnom poretku nakon prijenosa sjedišta? Drukčije rečeno, treba li domaće trgovačko društvo nakon prijenosa sjedišta smatrati i dalje hrvatskim ili stranim trgovačkim društvom? Nadalje se postavlja pitanje u kojoj bi državi, u slučaju prijenosa sjedišta, trgovačko društvo trebalo plaćati porez te davanja za mirovinsko i zdravstveno osiguranje? Kakva su prava zaposlenika i vjerovnika i koji se propisi u slučaju prijenosa sjedišta na njih primjenjuju? I konačno, nije jasno ni treba li se nad društvom koje prenosi sjedište u inozemstvo provesti postupak likvidacije. Provođenje likvidacije rezultiralo bi gašenjem trgovačkog društva i njegovim brisanjem iz sudskog registra. U tom slučaju prijenos sjedišta društva u drugu državu nema smisla jer će se u drugoj državi morati provesti ili novi upis ili novo osnivanje.

Ovakav je koncept suprotan temeljnim idejama od kojih polazi europsko zakonodavstvo prava društava. Ono postavlja zahtjev priznanja pravne osob-

⁶⁴ Zakon o sudskom registru, Narodne novine, br. 1/1995, 57/1996, 1/1998, 30/1999, 45/1999, 54/2004, 40/2007, 91/2010, 90/2011.

⁶⁵ Pravilnik o načinu upisa u sudski registar, Narodne novine, br. 10/1995, 114/2010, 22/2012.

nosti trgovačkom društvu osnovanom u nekoj od država članica na cijelom europskom prostoru. Jednako tako, pravilima o slobodi poslovnog nastana teži se ostvariti puna mobilnost trgovačkih subjekata na cijelom europskom gospodarskom prostoru.

Iako to za sada još nije u potpunosti moguće, brojne su europske države, primjerice Njemačka i Španjolska, reformirale svoje zakonodavstvo prava društava kako bi uklonile prepreke slobodi kretanja poslovnih subjekata.

Podredno se iznose neka od rješenja koja bi nam mogla poslužiti kao uzor u rješavanju istog pitanja u domaćoj regulativi.

6.2. Njemačko i španjolsko pravo kao uzor u reguliranju materije o sjedištu društva

6.2.1. Reforma njemačkog zakonodavstva

U Njemačkoj su 2008. godine provedene barem dvije važne zakonodavne intervencije kojima se, među ostalim, zadire i u reguliranje problematike “kretanja trgovačkih društava” i slobode poslovnog nastana.

Zakon o modernizaciji društava s ograničenom odgovornošću i o sprečavanju zlouporabe (dalje u tekstu: MoMiG)⁶⁶ stupio je na snagu 2008. godine, a njegovo donošenje najznačajnija je reforma tog oblika trgovačkog društva u njemačkom zakonodavstvu.⁶⁷ Drugo, provedene su izmjene propisa međunarodnog privatnog prava⁶⁸ među kojima je u kontekstu ovoga rada posebno važno da se navedene izmjene odnose upravo na regulaciju prava mjerodavnog prava za društvo ili *lex societatis*. Kada je riječ o prvom, većina autora ističe da su izmjene Zakona o društvima s ograničenom odgovornošću neposredan odgovor Njemačke na u Europi sve prisutniju regularnu konkurenciju u sferi zakonodavstva prava društava.⁶⁹

⁶⁶ Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen, 23. listopada 2008., BGBl I. S. 2026, 28. listopada 2008. (<http://www.buzer.de/gesetz/8416/index.htm>; 16. travnja 2012.).

⁶⁷ Beurskens, M.; Noack, U., *The Reform of German Private Limited Company: Is the GmbH Ready for the 21st. Century*, German Law Journal, vol. 9, br. 9, 2008., str. 1069.

⁶⁸ Referentenentwurf eines Gesetzes zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen of 7 January 2008 (<http://www.bmj.de/files/-2751/RefE%20Gesetz%20zum%20Internationalen%20Privatrecht%20der%20Gesellschaften,%20Vereine%20und%20juristischen%20Personen.pdf>; 20. veljače 2012.).

⁶⁹ Vidi više: Schmidt, J., *op. cit.* u bilj. 12.

Njegovim donošenjem Njemačka je željela povećati atraktivnost domaćih trgovačkih društava i spriječiti migracije domaćih poduzetnika u Veliku Britaniju radi osnivanja trgovačkih društava u Velikoj Britaniji te tako očuvati i povećati konkurentnost domaćeg gospodarstva u cjelini.⁷⁰

MoMiG donosi niz novina kojima se želi pojednostavniti osnivanje i sam način funkcioniranja tog oblika trgovačkog društva. Neke od najznačajnijih novina koje MoMiG donosi su sljedeće: smanjenje svote osnivačkog kapitala, ukidanje pravila o davanju osiguranja za neuplaćeni iznos temeljnog kapitala kod d.o.o.-a s jednim članom i osnivačem, pojednostavljen postupak osnivanja, izmjene pravila o davanju zajma članovima društva i druge.⁷¹ Među navedenim izmjenama najviše su pozornosti privukle promjene u pogledu visine osnivačkog kapitala potrebnog za osnivanje d.o.o.-a. Sukladno ranijim pravilima za osnivanje d.o.o.-a bio je potreban osnivački kapital od 25 000 eura. Takva zakonska mogućnost ostaje i nadalje, no MoMiG predviđa i mogućnost osnivanja d.o.o.-a s osnivačkim kapitalom od 1 eura.

Navedeni se oblik d.o.o.-a kolokvijalno još naziva i “mini d.o.o.” i mnogi ga uspoređuju s društvom s ograničenom odgovornošću (*limited company*) britanskoga zakonodavstva i prakse. Treba napomenuti da ovdje nije riječ o nekom posebnom obliku d.o.o.-a. Riječ je o društvu na koje se primjenjuje većina odredbi o društvu s ograničenom odgovornošću. Njegova je osnovna specifičnost osnivački kapital od samo 1 eura.

Kako bi se provelo razgraničenje ovog tipa d.o.o.-a od “klasičnih d.o.o.-a”, Zakon predviđa posebne oznake za ovaj tip d.o.o.-a. Imenu društva dodaje se naziv UG (*Unternehmensgesellschaft*) i ta oznaka stoji uz ime društva sve dok društvo ne dosegne zakonom propisani iznos temeljnog kapitala od 25 000 eura.

Posebno važne u kontekstu ovoga rada su odredbe MoMiG-a kojima se uređuje pitanje prijenosa sjedišta.

Njemačka je predstavница europskih država u kojoj je na snazi bila teorija sjedišta društva kao mjerodavna za određenje osobnog statuta društva.

Sukladno pravilima njemačkog zakonodavstva trgovačko društvo osnovano u Njemačkoj moralo je i djelovati u Njemačkoj. Nije bilo dopušteno kao sjedište društva (odnosno mjesto u kojem se nalazi uprava) odrediti mjesto u

⁷⁰ *Ibid.*, str. 1093 – 1094.

⁷¹ *Ibid.*, str. 1094 – 1096.

nekoj drugoj državi.⁷² Jednako tako prijenos sjedišta društva iz Njemačke u inozemstvo nije bio moguć bez prethodnog provođenja postupka likvidacije.⁷³

MoMiG ukida navedena pravila te omogućuje prijenos sjedišta društva iz Njemačke u inozemstvo uz uvjet da društvo u Njemačkoj i dalje zadrži ured na koji bi mu bila dostavljana sudska pismena u slučaju eventualnih sudskih ili upravnih sporova protiv njega.⁷⁴

Navedenu novinu mnogi tumače kao mogući kraj teorije osnivanja u europskom pravu i praksi. Očekuje se da će njemački model slijediti i sve druge europske države u kojima je na snazi teorija sjedišta, napose one koje tradicionalno svoj zakonodavni uzor nalaze u njemačkom zakonodavstvu i praksi prava društava.

Takva teza nije neutemeljena. To uostalom potvrđuju i zakonodavni trendovi u pojedinim europskim državama. Među njima se u radu posebno izdvaja primjer Španjolske koja je 2009. godine također izmijenila postojeće zakonodavstvo prava društava te sustavno pristupila rješenju problema kretanja trgovačkih društava.

6.2.2. Reforma španjolskog zakonodavstva

U Španjolskoj je u travnju 2009. godine na snagu stupio Zakon o strukturnim izmjenama Zakona o trgovačkim društvima.⁷⁵ Izmjenama Zakona su, osim pravila o prijenosu sjedišta, obuhvaćena i pitanja poput podjele društava, prekograničnih pripajanja i spajanja te druga.

Prijenos sjedišta društva reguliran je člancima od 92. do 103. Zakona. Zakon regulira i situacije prijenosa sjedišta španjolskog trgovačkog društva u inozemstvo, kao i situacije prijenosa sjedišta stranih trgovačkih društava, kako onih iz EU-a, tako i onih iz drugih država, u Španjolsku. Kada je riječ o prvome, ističe se da je prijenos sjedišta trgovačkih društava osnovanih u Španjolskoj u neku drugu državu bio moguć i ranije.

U slučaju prijenosa sjedišta španjolskog trgovačkog društva u inozemstvo

⁷² Vidi: § 4a st. 2. GmbH.

⁷³ Usporedi Dusseldorf Court of Appeals, decision of March 26, 2001, NJW 2001, 2184; Bavarian Supreme Court of Appeals, decision of February 11, 2004, ZIP 2004, 806.

⁷⁴ Vidi: § 4a st. 1. MoMiG-a.

⁷⁵ Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, Boletín Oficial del Estado, Num. 82. Sábado 4 de abril de 2009, Sec. I., Pag. 31928.

ono bi izgubilo "španjolsko državljanstvo" i imalo bi obvezu preoblikovati se u jedan od oblika trgovačkih društava države u koju je izvršen prijenos sjedišta. Postupak likvidacije se u potonjem slučaju ne provodi.

Tako bi se primjerice društvo s ograničenom odgovornošću osnovano u Španjolskoj u slučaju prijenosa sjedišta u Portugal moralo preoblikovati u društvo s ograničenom odgovornošću uređeno pravilima portugalskog zakonodavstva. Društvo bi dakle nastavilo djelovati kao pravna osoba portugalskog prava. Zakon uređuje i sam postupak prijenosa. Postupak prijenosa sjedišta započinje prijedlogom uprave o prijenosu sjedišta, upućen skupštini društva, u kojem se moraju gospodarski i pravno obrazložiti razlozi prijenosa sjedišta. Obavijest o namjeri prijenosa sjedišta mora se dostaviti sudskom registru i mora se objaviti u glasilu sudskog registra. Svim vjerovnicima i članovima društva mora se omogućiti uvid u sve informacije vezane uz prijenos sjedišta društva.

Odluku o prijenosu sjedišta društva donose članovi društva na skupštini. Poziv za skupštinu društva mora se javno objaviti prije nego li je Sudu podnesen zahtjev za prijenos sjedišta, a skupština se ne smije održati prije isteka roka od dva mjeseca od dana njezina sazivanja. Članovima društva koji glasaju protiv odluke o prijenosu sjedišta mora se osigurati pravo na primjerenu naknadu za njihove udjele u kapitalu. Vjerovnici imaju ista prava koja im jamči španjolsko zakonodavstvo u slučaju pripajanja i spajanja.

Odluka glavne skupštine dostavlja se nadležnom registarskom sudu. Sud će provesti brisanje društva iz sudskog registra nakon što dobije dokaz o upisu društva u sudski registar države u koju je sjedište preneseno.

Pravni učinci prijenosa sjedišta stupaju na snagu danom upisa društva u sudski registar države u koju je izvršen prijenos sjedišta.

U slučaju prijenosa sjedišta trgovačkog društva iz inozemstva u Španjolsku situacija je ponešto drukčija. Strana trgovačka društva koja žele prenijeti sjedišta društva u Španjolsku mogu se upisati u sudski registar u Španjolskoj, no prethodno se moraju uskladiti s odredbama španjolskog zakonodavstva koje se primjenjuju na pojedini oblik trgovačkog društva, primjerice u pogledu tvrtke trgovačkog društva, visine temeljnog kapitala, u pogledu tijela upravljanja i drugim.

Nakon provedenog upisa strano trgovačko društvo će steći "španjolsku nacionalnost" i smatrati se domaćim trgovačkim društvom i na njega će se u svim segmentima (poreznom, radnopravnom, mirovinskom i slično) primjenjivati španjolsko zakonodavstvo.

7. UMJESTO ZAKLJUČKA – *DE LEGE FERENDA*

Ostvarenje pune slobode kretanja trgovačkih društava na europskom gospodarskom prostoru čini se da je sada samo pitanje vremena.

Sloboda poslovnog nastana jedna je od osnovnih ideja europskog integriranja. Slijedom toga malo je vjerojatno da će se od realizacije te ideje u okviru EU-a olako odustati.

Iako su zakonodavni procesi u svezi s donošenjem 14. smjernice bili privremeno zaustavljeni, presude Suda EU-a, ali i najrecentnije izvješće Odbora za pravna pitanja s prijedlogom Komisiji za usvajanjem 14. smjernice prava društava o prekograničnom prijenosu sjedišta upućuju na činjenicu da cijela ideja o slobodi poslovnog nastana nije “ušla u slijepu ulicu”.

To potvrđuju i izmjene zakonodavstava prava društava u pojedinim europskim državama koje su već ukinule ranija, restriktivna pravila o prijenosu sjedišta društva i dopustila prijenos sjedišta trgovačkog društva iz jedne države u drugu te time omogućile dosada ograničenu mogućnost “migracije trgovačkih društava” na europskom gospodarskom prostoru.

Iako za sada nema naznaka da se u Hrvatskoj o tome promišlja, nedvojbeno je da će se isto pitanje u Hrvatskoj morati regulirati. Budući da prijenos sjedišta društva iz jedne države u drugu povlači za sobom potrebu uređenja brojnih pitanja i odnosa, procesnopravnih, statusnopravnih, radnopravnih, poreznih i slično, važno je da se primjerena pozornost posveti uređenju svih navedenih pitanja.

Od onih koji zadiru u sferu pravnog reguliranja materije prava društava posebnu pozornost treba posvetiti sljedećem:

1. Moraju se definirati postupovna pravila vezana uz prijenos sjedišta trgovačkih društava u inozemstvo i *vice versa*.

U pogledu potonjeg, prvo i osnovno treba definirati hoće li se mogućnost prijenosa sjedišta ponuditi svim oblicima trgovačkih društava ili samo nekim. U zakonodavstvu EU-a ta je mogućnost predviđena samo za društva s ograničenom odgovornošću.

2. Treba donijeti nova i uskladiti postojeća pravila o upisu u sudski registar na temelju kojih će se moći provesti upis stranog trgovačkog društva u sudski registar u Hrvatskoj te kriterije i uvjete koje strani poduzetnik mora ispuniti da bi takav upis bio moguć.

To se posebno odnosi, primjerice, na pravila o tvrtki trgovačkog društva, o visini temeljnog kapitala, na pitanje zastupanja ako su ista pitanja bila regulirana na način koji je različit od pravila domaćeg zakonodavstva i slično. U

pogledu potonjeg, a imajući u vidu razmatrane presude Suda EU-a, upitno je ima li i koliko ima prostora autonomnom definiranju potonjih pitanja.

Jednako tako treba donijeti pravila po kojima će se postupati u slučaju prijenosa sjedišta hrvatskog trgovačkog društva u inozemstvo. Tu treba voditi računa o nekoliko stvari. Treba definirati tko i u kojem obliku donosi odluku o prijenosu sjedišta društva, obveze uprava društva u slučaju prijenosa sjedišta društva u inozemstvo, treba predvidjeti odredbe o provođenju ili neprovođenju likvidacije nad društvom, pitanja pravnog sljedništva i druga.

3. I konačno, posebnu pozornost treba posvetiti uređenju pravnog položaja članova društva koji glasaju protiv odluke o prijenosu sjedišta, urediti prava vjerovnika kako zbog prijenosa sjedišta ne bi bili dovedeni u nepovoljniji položaj, definirati prava zaposlenika, pitanje primjene mjerodavnog prava i druga.

Kao mogući uzor u uređenju navedenih pitanja mogu nam poslužiti u radu analizirana rješenja i pravila poredbenih zakonodavstava, napose Španjolske. Tu svakako treba uvrstiti i raniji prijedlog 14. smjernice o prekograničnom prijenosu sjedišta. No sigurno su najrelevantnije vrelo prava EU-a najnovije preporuke Odbora za pravna pitanja s prijedlogom Komisiji za usvajanjem 14. smjernice prava društava o prekograničnom prijenosu sjedišta, iz kojih proizlazi okvirni sadržaj buduće Smjernice o prekograničnom prijenosu sjedišta.

Zaključno treba istaknuti da se prema raspoloživim spoznajama u praksi do sada nije pojavio nijedan zahtjev za prijenos sjedišta hrvatskog trgovačkog društva u inozemstvo, niti stranog trgovačkog društva u Hrvatsku.

Nije izgledno da će takvi zahtjevi i u budućnosti biti posebno učestali jer je ponekad jeftinije i jednostavnije pristupiti novom osnivanju trgovačkog društva u državi u kojoj se želi obnašati neka gospodarska aktivnost, nego provesti relativno kompleksnu, a možda i skupu poslovnu operaciju prijenosa sjedišta.⁷⁶

No nije isključeno da ćemo se u budućnosti suočiti sa zahtjevima poduzetnika za prijenos sjedišta stranog trgovačkog društva u Hrvatsku ili hrvatskog trgovačkog društva u inozemstvo. Mađarska je, što je razvidno iz obrađene sudske prakse, u nekoliko posljednjih godina imala dva takva zahtjeva. Ne možemo isključiti mogućnost da istih zahtjeva neće biti i u domaćoj praksi. Slijedom toga, umjesto da se rješavanju potonjeg pitanja pristupi u trenutku kada smo već suočeni s konkretnim zahtjevom, uputno bi bilo pristupiti reguliranju potonjih pitanja što prije, vodeći pri tome računa o zahtjevima domaćeg zakonodavstva, ali i uzimajući u obzir postojeće zakonodavstvo i judikaturu EU-a.

⁷⁶ Vidi o tome: Commission Staff Working Document, Impact assessment on the Directive on the cross-border transfer of registered office. (http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/shareholders/ia_transfer_122007_part1_en.pdf, str. 11- 13; 3. veljače 2012.).

Summary

Dubravka Akšamović*

IS EUROPE FINALLY READY TO SECURE THE PREREQUISITES FOR FULL FREEDOM OF ESTABLISHMENT? – IMPLICATIONS FOR CROATIAN LAW

The paper explores various issues and problems concerning the freedom of establishment in the EU. Freedom of establishment is one of the fundamental ideas of European integration, which has not yet been fully recognized despite harmonization measures. Special attention is given to the issue of transfer of corporate seat on the EU level, which has caused most controversies in practice. The aim of the paper is to define the limits of Member States' autonomy in regulating the issues of transfer of registered office and corporate mobility. In order to answer that question, relevant EU, domestic and foreign legislation is explored. Shortcomings of domestic legislation concerning corporate mobility are pointed out. Also, German and Spanish laws which regulate corporate mobility are explored as potential model laws for changes in domestic legislation.

Keywords: freedom of establishment, applicable law to company, transfer of corporate seat

* Dubravka Akšamović, Ph. D., Assistant Professor, Faculty of Law, Josip Juraj Strossmayer University of Osijek, Stjepana Radića 13, Osijek