

ZAKLADE KAO OVLAŠTENICI SLOBODE POSLOVNOG NASTANA I KRETANJA KAPITALA U PRAVU EUROPSKE UNIJE I REPUBLIKE HRVATSKE

*Kristijan Poljanec, mag. iur. **

UDK: : 347.195.3(4)EU

339.923:061.1>(4)EU

Izvorni znanstveni rad

Primljeno: listopad 2015.

U radu se analizira pravni tretman zaklada kao subjekata slobode poslovnog nastana i kretanja kapitala u pravu Europske unije i Republike Hrvatske. U nacionalnim pravima država članica postoje prepreke za prekogranično djelovanje zaklada. One izvire iz različitosti nacionalnih prava, shvaćanja pojma i svrhe zaklada. U radu se analiziraju primarni i sekundarni izvori prava u području tržišnih sloboda. Pod određenim pretpostavkama zaklade mogu biti subjekti tržišnog natjecanja. Analiziraju se odredbe hrvatskog Zakona o zakladama i fundacijama te povezanih propisa. Ukazuje se na moguće nedostatke domaćih zakonodavnih rješenja koja se pokazuju sporna s aspekta ostvarenja tržišnih sloboda.

Ključne riječi: zaklada, sloboda poslovnog nastana, sloboda kretanja kapitala, EU, Zakon o zakladama i fundacijama

1. UVOD

Oblici namjenskog izdvajanja imovine razlikuju se u komparativnom pravu.¹ An-

* Kristijan Poljanec, mag. iur., asistent Ekonomskog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Trg J. F. Kennedyja 6, Zagreb; kpoljanec@efzg.hr

¹ U europskim državama prevladavaju operativne zaklade. One ne služe davanju potpore drugim institucijama, već ostvaruju cilj obavljanjem određenih poslova i/ili pružanjem usluga. U SAD-u postoje operativne zaklade, no u manjoj mjeri. Vidi *Studija izvodljivosti o Statutu Europske zaklade, Završno izvješće*, Max Planck Institut za komparativno i međunarodno privatno pravo, Hamburg; Centar za društvene investicije i inovacije, Sveučilište u Heidelbergu, str. 2 – 3, http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/eufoundation/feasibilitystudy_en.pdf (2. svibnja 2015.).

glosaksonski pravni krug poznaje institut *trust*² kao dominantan oblik izdvajanja imovine u određene svrhe.³ *Trust* s vremenom evoluirao u fleksibilan instrument za držanje vrijednosnica trgovačkih društava⁴ i obavljanje drugih financijskih poslova.⁵ U kontinentalnom pravnom krugu filantropska djelatnost tradicionalno se obavlja putem zaklada odnosno fundacija.⁶ Konceptualna razlika prema *trustu* ogleda se u položaju imovine. Imovina pripada zakladi kao pravnoj osobi, a ne beneficijarima. Kontinentalna koncepcija prave zaklade ima korijene u kasnorimskom pravu i srednjovjekovnim crkvenim zakladama.⁷ U europskim pravima ostaci instituta rimskog prava nalaze se u obiteljskim zakladama.⁸ Srednjovjekovne zaklade ograničene su na "milosrdnu svrhu" (*pia causa*), a sekularizacija zaklada počinje u doba prosvjetiteljstva.⁹ U posljednjem desetljeću raste preko-

U SAD-u prevladavaju tzv. potporne zaklade. Riječ je o zakladama koje imaju osnovnu imovinu radi dodjele potpora u određene svrhe. Opširnije *ibid.*, str. 2.

² U predmetu *Green protiv Russella* (1959.) 2 QB 226, Lord Romer iznio je klasičnu definiciju *trusta*. Prema Romeru *trust* je "pravična obveza, koja obvezuje osobu (povjerenika) da se bavi imovinom nad kojom ostvaruje nadzor (koja se naziva imovinom *trusta*), u korist osoba (koje se nazivaju beneficijari), od kojih on sam može biti jedan, i bilo tko od njih može tražiti ispunjenje obveze".

³ Rickett, C. E. F., *Charitable Giving in English and Roman Law: A Comparison of Method*, Cambridge Law Journal, sv. 38, br. 1, 1979., str. 118, 125. U konceptu *trusta* imovina se prenosi pravnoj ili fizičkoj osobi koja je drži s ograničenim pravnim interesom. Opširnije *ibid.*, str. 122.

⁴ Niegel, J., *Purposeful trusts and foundations?*, *Trusts & Trustees*, sv. 18, br. 6, 2012., str. 452.

⁵ *Ibid.*, str. 455.

⁶ Fundacije su zaklade unaprijed određenog trajanja. Tako se po pravu Republike Hrvatske (dalje: RH) fundacije osnivaju najduže na pet godina. U svemu ostalom na njih se primjenjuju pravila o zakladama.

⁷ Prava zaklada je ona zaklada koja je vlasnik imovine koja se namjenjuje određenoj svrsi, a to je moguće jer je zaklada pravna osoba. Nepravna zaklada ili *trust* nije pravna osoba jer ne drži imovinu za sebe, već za beneficijara. Vidi Rickett, *op. cit.* u bilj. 3, str. 118.

⁸ Obiteljske zaklade smatraju se prototipom privatnih zaklada. Razvile su se iz obiteljskih fideikomisa. Fideikomis je institut koji je omogućavao trajno zadržavanje i zaštitu imetka plemstva unutar obitelji. Obiteljska zaklada i obiteljski fideikomis su funkcionalni ekvivalenti. Osnovna je razlika formalne prirode. Zaklade su pravne osobe s vlastitom imovinom, dok je kod fideikomisa svaki fideikomisar ovlaštenik imovine. Prema Dutta, A., *Von der Pia causa zur Privatnützigen Vermögensbindung: Funktionen der Stiftung in den heutigen Privatrechtskodifikationen*, Max Planck Private Law Research Paper, Max Planck institut za komparativno i međunarodno privatno pravo, Hamburg, sv. 21, br. 13, 2013., str. 832 – 833.

⁹ Reuter, D., *Basic Issues of a Reform of the German Law Relating to Foundations*, *European Business Organization Law Review*, sv. 2, br. 3-4, 2001., str. 740.

granična aktivnost zaklada. Izlazak zaklada i fundacija iz nacionalnih okvira do-
vodi do potrebe za izgradnjom nadnacionalnog pravnog okvira koji će omogućiti
prekogranično djelovanje. Pitanja priznanja pravne osobnosti stranih zaklada i
njihove svrhe, prava na osnivanje podružnica, diskriminatorni porezni propisi i
nepoznavanje nacionalnih propisa javljaju se kao problemi s kojima se suočavaju
zaklade koje djeluju prekogranično.¹⁰ Heterogenost pravnih određenja¹¹ instituta
zaklade na razini Europske unije¹² prepreka je slobodi kretanja zaklada. Pribli-
žavanje nacionalnih pravila¹³, povijesni razvoj¹⁴, djelovanje zaklada u kontekstu
slobode kretanja kapitala¹⁵, slobode poslovnog nastana¹⁶, ograničenja u njihovu
ostvarenju¹⁷ te socijalna¹⁸ uloga zaklada su predmet interesa pravne znanosti i
EU-a. Predmet rada je prekogranično djelovanje zaklada u kontekstu slobode
poslovnog nastana i kretanja kapitala. Razmatra se položaj zaklada u kontekstu
pravila tržišnog natjecanja. Uočena je potreba da se pitanje pravnog položaja za-
klada na razini EU-a uredi posebnim instrumentom koji bi imao izravan učinak.¹⁹

¹⁰ *Studija...*, *op. cit.* u bilj. 1, str. 105.

¹¹ Nesterenko, P., *Some Issues Concerning Unification and Harmonization of European Foundation Law*, *European Integration Studies*, br. 5, 2011., str. 92, 94.

¹² Dalje: EU.

¹³ Nesterenko, *op. cit.* u bilj. 11; Reuter, *op. cit.* u bilj. 9; Panico, P., *Mistake in a Civil Law Context — Some Reflections on Private Foundations and ‘Recognized’ Trusts, Trusts & Trustees*, sv. 21, br. 1-2, 2015., str. 98 *et seq.*; Hemels, J. C. S., *The European Foundation Proposal: an effective, efficient and feasible solution for tax issues related to cross border charitable giving and fundraising?*, rad za 2012 EATLP Conference ‘Taxation of Charities’, str. 1 *et seq.*, <http://ssrn.com/abstract=2046993> (5. svibnja 2015.).

¹⁴ Rickett, *op. cit.* u bilj. 3.

¹⁵ Becker, F., *Case C-386/04, Centro di Musicologia Walter Stauffer v Finanzamt München für Körperschaften, Judgment of the Court (Third Chamber) of 14 September 2006*, *Common Market Law Review*, sv. 44, br. 3, 2007., str. 83 *et seq.*

¹⁶ Lombardo, S., *Some Reflections on Freedom of Establishment of Non-Profit Entities in the European Union*, *European Business Organization Law Review*, sv. 14, br. 2, 2013., str. 225 *et seq.*

¹⁷ Hemels, J. C. S., *Implications of the Walter Stauffer case for charities, donors and European governments*, *European Taxation*, str. 1 *et seq.*, <http://ssrn.com/abstract=1959923> (5. svibnja 2015.); Hemels, J. C. S.; Stevens, A. S.; *The European Foundation Proposal: A Shift in the EU Tax Treatment of Charities?*, *EC Tax Review*, sv. 21, br. 6, 2012., str. 293 *et seq.*; Hemels, J. C. S., *Are we in need of a European Charity? How to remove fiscal barriers to cross-border charitable giving in Europe*, *Intertax*, sv. 37, br. 8-9, 2009., str. 424 *et seq.*

¹⁸ Dutta, *op. cit.* u bilj. 8; Breen, O. B., *EU Regulation of Charitable Organizations: The Politics of Legally Enabling Civil Society*, *The International Journal of Not-for-Profit Law*, sv. 10, br. 3, 2008., str. 50 *et seq.*

¹⁹ U veljači 2012. Europska komisija (dalje: EK) predstavila je prijedlog Uredbe o Statutu europske zaklade (*Fundatio Europaea*). Prema prijedlogu Europska zaklada

No, zbog nedostatka cjelovitog, temeljitog i jednoobraznog pravnog okvira EU-a za djelovanje zaklada rješenja treba tražiti u primarnom pravu EU-a i pratećoj sudskoj praksi. Osim nadnacionalnog pravnog okvira, u radu se obrađuje hrvatski zakonodavni okvir za djelovanje zaklada u kontekstu tržišnih sloboda. Aktivnosti zaklada su rastuće prekogranične.²⁰ Rješenja koja nudi primarno i sekundarno pravo EU-a i analizirana sudska praksa čine pravni okvir, kontekst unutar kojeg treba promatrati hrvatsko zakladno pravo s ciljem da se utvrdi jesu li i u kojoj mjeri hrvatska pravila o osnivanju i djelovanju zaklada usklađena s pravilima o slobodi poslovnog nastana, kretanja kapitala odnosno prekograničnih plaćanja te postoje li eventualne neusklađenosti domaćeg zakonodavstva na ovom području. U drugom dijelu rada prikazuje se pravna osnova za kretanje zaklada u kontekstu slobode poslovnog nastana. U trećem dijelu rada prikazuje se pravna osnova za djelovanje zaklada u kontekstu slobode kretanja kapitala. U četvrtom dijelu rada analizira se hrvatsko pravo i ukazuje na moguće nedostatke postojećih pravila u svjetlu tržišnih sloboda.

2. ZAKLADA KAO “NASTAN”, “PODUZETNIK” I NOSITELJ “EKONOMSKE AKTIVNOSTI”

Zaklade su zajednica imovine bez članova.²¹ Ono što ih čini sličnim društvima jest privatnopravni karakter²², pravni posao kao temelj osnivanja te postojanje zakladne svrhe. Naglasak je na imovinskom supstratu.²³ Sporno je mogu

mogla se osnovati samo u općekorisne svrhe s osnovnom imovinom u iznosu od najmanje 25000 eura. Predviđala su se tri načina osnutka: originarno, preoblikovanjem nacionalne zaklade u Europsku zakladu ili spajanjem nacionalnih zaklada. Više na http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-112_en.htm?locale=fr (5. svibnja 2015.) i u ondje navedenim pripremnim dokumentima. Nakon 2012. i Prijedloga uredbe rad je stao, a u ožujku 2015. prijedlog je povučen.

²⁰ Tako Becker, *op. cit.* u bilj. 15, str. 809.

²¹ Za hrvatsko pravo tako Barbić, J., *Pravo društava, Knjiga prva, Opći dio*, Treće izmijenjeno izdanje, Organizator, Zagreb, 2008., str. 16. Za njemačko pravo tako Reuter, *op. cit.* u bilj. 9, str. 752. Izostanak članstva smatra se obilježjem privatnopravnih zaklada u SAD-u. Tako Schramm, C. J., *Law Outside of Market: The Social Utility of the Private Foundation*, Harvard Journal of Law & Public Policy, sv. 30, br. 1, 2007., str. 371. Komparativna analiza koju su proveli autori Studije pokazala je da je izostanak članstva jedna od sličnosti pravnog uređenja zaklada u većini država članica. Vidi *Studija...*, *op. cit.* u bilj. 1, str. 51, 69, 100, 103, 196. Svojevrсна iznimka je talijansko pravo. Tako npr. bankarske fundacije mogu imati “skupštinu članova”. *Ibid.*, str. 69.

²² Osim u slučaju javnopravnih zaklada.

²³ Barberić, H., *Zaklade i fundacije u hrvatskom pravu*, Pravo i porezi, sv. 17, br. 8, 2008., str. 45.

li zaklade kao pravne osobe uživati slobodu poslovnog nastana.²⁴ Time se Sud EU-a još nije izravno bavio.²⁵ Primarnopravni okvir za slobodu poslovnog nastana trgovačkih društava sadržan je u članku 49. st. 2. Ugovora o funkcioniranju EU-a.²⁶ Prema članku 54. UFEU-a pojam “trgovačko društvo” shvaća se šire od trgovačkih društava u smislu hrvatskog prava i pretpostavlja obavljanje profitne djelatnosti.²⁷ Članak 49. st. 2. UFEU-a propisuje da “sloboda poslovnog nastana uključuje pravo (...) osnivanja i upravljanja poduzećima, osobito trgovačkim društvima u smislu članka 54. st. 2. (...)”. U teoriji kontinentalnog prava društava poduzeće se obično definira kao organizirana gospodarska cjelina koju čine objektivni, subjektivni i ustrojbeni sastojci.²⁸ Zaklada ima svoju pokretnu i nepokretnu imovinu, novac, vrijednosne papire, zakladnog upravitelja, unutarnji ustroj, *know-how* u pružanju društveno korisnih usluga, ugled (*goodwill*).²⁹ Stoga zaklade mogu biti nositelji poduzeća. Prilikom utvrđivanja bi li se zaklada mogla smatrati i trgovačkim društvom u smislu čl. 54. UFEU-a, treba poći od kriterija “neprofitnost”. Neprofitnost bi isključivala zaklade iz polja primjene pojma “trgovačko društvo”. U cilju određivanja ulaze li zaklade s pravnom osobnošću, bile one javnopravne ili privatnopravne, u polje primjene odredbi čl. 54. UFEU-a, treba protumačiti izričaj “osim one koje su neprofitne”. Ako se uzme u obzir da zaklade mogu ostvariti profit kao uzgredni prihod (npr. zakupnine, najamnine, kamate na oročena sredstva i sl.), ne bi ih trebalo isključiti iz pojma “trgovačko društvo” za potrebe primjene članka 54. UFEU-a, a s njim u vezi čl. 49. UFEU-a. Neprofitan cilj ne znači nemogućnost (sporadičnog) ostvarenja profita. Autor smatra da su iz polja primjene pojma “trgovačko društvo” isključeni oni nastani koji ne stvaraju profit, ali ne i oni koji ga stvaraju ili mogu sporadično stvoriti, premda im to nije osnovni cilj. Izrazom “posebice trgovačka društva” UFEU je poručio da je riječ o otvorenoj listi poduzeća koja mogu uživati slobodu poslovnog nastana te analizom odredbi članka 49. UFEU-a autor zaključuje kako zaklade nisu isključene iz

²⁴ *Studija...*, *op. cit.* u bilj. 1, str. 131.

²⁵ Lombardo, *op. cit.* u bilj. 16, str. 228, 243.

²⁶ Službeni list, C 326, 26. listopada 2012., dalje: UFEU.

²⁷ Čl. 54. UFEU-a propisuje da se pojam “trgovačka društva odnosi na trgovačka društva koja su osnovana po pravilima građanskog ili trgovačkog prava, uključujući i zadruge, te ostale pravne osobe uređene javnim ili privatnim pravom, osim onih koje su neprofitne”.

²⁸ Tako Barbić, *op. cit.* u bilj. 21, str. 223, pozivajući se pritom na Krejci, H., *Grundriss des Handelsrechts*, Manz, Wien, 1995, str. 77 *et seq.*

²⁹ Za definiciju poduzeća Barbić, *op. cit.* u bilj. 21, str. 226 – 227.

polja primjene pravila o slobodi poslovnog nastana, čak i ako ne bi ulazile u polje primjene pojma “trgovačko društvo”. Zaklade mogu biti oblik “nastana” u smislu stabilnog i kontinuiranog sudjelovanja u gospodarskom životu države članice različite od države članice osnutka.³⁰ Sloboda poslovnog nastana uključuje pravo osnivanja i upravljanja poduzećem. Za ocjenu položaja zaklada kao nositelja poduzeća potrebno je pojasniti pojam “ekonomska aktivnost” i njegov odnos prema pojmu “poduzetnik” u pravu EU-a.

Unitarni koncept ekonomske aktivnosti polazi od stava kako je pojam ekonomske aktivnosti jedinstven i treba imati isto značenje u pravu unutarnjeg tržišta i pravu tržišnog natjecanja.³¹ No, različite okolnosti slučaja, odnosno kontekst, mogu dovesti do situacije u kojoj se odredbe o tržišnim slobodama i pravila tržišnog natjecanja međusobno isključuju u pogledu istog sporazuma ili aktivnosti.³² U predmetu *FENIN*³³ Sud je odlučivao povodom žalbe udruženja trgovaca medicinskim proizvodima (FENIN) na odbijajuću odluku EK-a po kojoj se na nacionalna javnozdravstvena tijela u pitanju (SNS) ne primjenjuju pravila o zlouporabi vladajućeg položaja u slučaju diskriminatorskog postupanja pri plaćanju obveza jer ona nisu poduzetnici. EK je ocijenio da kupnja nije sama sebi svrhom, već je sastavni dio aktivnosti daljnjeg korištenja kupljenih pomagala radi pružanja medicinske usluge.³⁴ Upravljanje javnozdravstvenim sustavom od strane SNS-a temeljilo se na načelu solidarnosti i financiralo se doprinosima. Stoga je EK ocijenio da SNS nije poduzetnik.³⁵ Postavilo se³⁶ pitanje je li čin kupnje medicinskih proizvoda i opreme na tržištu od strane javnozdravstvenih tijela zasebna ekonomska aktivnost, odvojena od aktivno-

³⁰ Navedene karakteristike poslovnog nastana utvrđene su u presudi Reinhard Gebhard protiv Consiglio dell’Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano, C-55/94, EU:C:1995:411, para 25.

³¹ Hatzopoulos, V., *The concept of ‘economic activity’ in the EU Treaty: from ideological dead-ends to workable judicial concepts*, European Legal Studies, br. 6, 2011., str. 4 – 5, https://www.coleurope.eu/sites/default/files/research-paper/researchpaper_6_2011_hatzopoulos.pdf (13. listopada 2015.).

³² Vidi David Meca-Medina i Igor Majcen protiv Komisije Europskih zajednica, C-519/04, EU:C:2006:492, para 31; International Transport Workers’ Federation i Finnish Seamen’s Union protiv Viking Line ABP i OÜ Viking Line Eesti, C-438/05, EU:C:2007:772, para 53.

³³ Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN) protiv Komisije Europskih zajednica, C-205/03 P, EU:C:2006:453, para 5.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ *Ibid.*, para 8.

³⁶ *Ibid.*, paras 17 i 18.

sti daljnje upotrebe kupljenih pomagala, ili je njezin neodvojivi dio bez značenja *per se*. Inzistiranje udruženja FENIN na kupnji medicinskih pomagala kao zasebnoj ekonomskoj aktivnosti bio je pokušaj da “izdvoje” kupnju kao poduzetničku aktivnost od kasnijeg pružanja usluge i time javnopravna tijela učine subjektima pravila tržišnog natjecanja, tj. poduzetnicima. EK je pritom zauzeo stav da upravo stavljanje robe ili pružanje usluga na tržištu odgovara konceptu ekonomske aktivnosti, a ne kupnja kao takva, odnosno da ne treba odvajati čin kupnje od upotrebe koja slijedi.³⁷ Sud je zaključio kako eventualna ekonomska priroda kupnje ovisi o tome predstavlja li daljnja upotreba ekonomsku aktivnost.³⁸ Drugim riječima, nije osnovano tretirati čin kupnje kao zasebnu ekonomsku aktivnost odvojenu od daljnje usluge.³⁹ Budući da su javnopravna tijela u pitanju djelovala na načelima solidarnosti, financirala se iz doprinosa i besplatno pružala usluge⁴⁰, utvrđeno je da ona nisu poduzetnici. To ima za posljedicu da se na njih ne primjenjuju pravila o zlouporabama vladajućeg položaja. Time Sud nije rekao kako daljnja aktivnost javnopravnih tijela nije usluga. Iz paragrafa 27. presude zaključuje se da je Sud ocijenio neosnovanom tvrdnju o samostalnom ekonomskom karakteru čina kupnje, no nije naveo da pružanje besplatne medicinske usluge ne predstavlja pružanje usluge, tj. ekonomsku aktivnost. Autor zaključuje da pružanje besplatne medicinske usluge na načelima solidarnosti jest usluga, tj. ekonomska aktivnost, no ona se zbog načela solidarnosti ne pruža kao *poduzetnička* usluga. SNS kao nepoduzetnik nije subjekt prava tržišnog natjecanja. No to ne isključuje automatski primjenu pravila o slobodi pružanja usluga. Navedeno je na tragu stava kako nema prepreke da se neka transakcija, koja uključuje razmjenu, smatra pružanjem usluga iako stranke nisu poduzetnici u smislu prava tržišnog natjecanja.⁴¹ Besplatna medicinska usluga koju podmiruju fondovi zdravstvenog osiguranja jest usluga u smislu čl. 49. UFEU-a⁴² i “(...) iako nema sumnje da je besplatno pružanje zdravstvene skrbi ekonomska aktivnost za potrebe čl. 49.

³⁷ *Ibid.*, para 24.

³⁸ *Ibid.*, para 26.

³⁹ *Ibid.*, para 27.

⁴⁰ *Ibid.*, para 8.

⁴¹ Vidi mišljenje nezavisnog odvjetnika Madura u predmetu Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN) protiv Komisije Europskih zajednica, C-205/03 P, EU:C:2005:666, para 51.

⁴² Vidi presudu u predmetu B.S.M. Smits, udana Geraets, protiv Stichting Ziekenfonds VGZ i H.T.M. Peerbooms protiv Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen, C-157/99, EU:C:2001:404., para 58.

UFEU-a, iz toga nužno ne slijedi da organizacije koje obavljaju takvu aktivnost podliježu pravilima tržišnog natjecanja”.⁴³ Takav pristup dovodi do *prima facie* zaključka kako se koncept ekonomske aktivnosti razlikuje kod tržišnih sloboda i pravila tržišnog natjecanja.⁴⁴ Međutim, treba se složiti s autorima⁴⁵ koji ističu kako nije riječ o različitom tumačenju samog pojma ekonomska aktivnost, već o različitom polju primjene dviju skupina pravila.⁴⁶ Po mišljenju nekih suprotna shvaćanja bila bi protivna načelu koherentnosti odredbi iz čl. 7. UFEU-a.⁴⁷ Potreba jedinstvenog tumačenja pojma ekonomska aktivnost u kontekstu prava unutarnjeg tržišta, u koje ulazi sloboda poslovnog nastana, i prava tržišnog natjecanja proizlazi i iz činjenice da je pravo tržišnog natjecanja sastavni dio prava unutarnjeg tržišta.⁴⁸ Izvršavanje javne vlasti i obavljanje usluga temeljenih na načelima solidarnosti, koje su obilježene snažnim državnim intervencionizmom i naglašenom socijalnom svrhom, isključeno je iz pojma ekonomska aktivnost.⁴⁹ Iz navedenog se zaključuje da država, ako ne obavlja “bitne funkcije države”⁵⁰ koje su “tipične za javnopravno tijelo”, može obavljati ekonomsku aktivnost i biti poduzetnik. U mjeri u kojoj država nastupa kao javnopravni entitet i pritom zadire u neku tržišnu slobodu, na njezinu mjeru primjenjuju se pravila o tržišnim slobodama. No to ne utječe na tumačenje pojma ekonomske aktivnosti. Takav položaj države samo isključuje obavljanje poduzetničke aktivnosti, a time i primjenu prava tržišnog natjecanja. Naime, pojam poduzetnik u smislu pravila tržišnog natjecanja uključuje svaki entitet koji obavlja ekonomsku aktivnost neovisno o njegovu pravnom statusu ili izvoru financiranja.⁵¹ Takva aktivnost podrazumijeva “ponudu roba ili usluga na tržištu”⁵² pri čemu neprofitna priroda aktivnosti nije prepreka⁵³

⁴³ Mišljenje nezavisnog odvjetnika Madura, *op. cit.* u bilj. 41, *para* 51.

⁴⁴ Tako Hatzopoulos, *op. cit.* u bilj. 31, str. 6., u krajnjoj bilj. 23, i ondje navedeni komentatori.

⁴⁵ U prilog unitarnom konceptu *ibid.*, str. 5.

⁴⁶ *Ibid.*, str. 6.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ Preambula Protokola 27. uz Lisabonski ugovor.

⁴⁹ Hatzopoulos, *op. cit.* u bilj. 31, str. 10, 11 i 19 i ondje navedena sudska praksa.

⁵⁰ Diego Cali & Figli Srl protiv Servizi ecologici porto di Genova SpA (SEPG), C-343/95, EU:C:1997:160, *para* 23.

⁵¹ Klaus Höfner i Fritz Elser protiv Macrotron GmbH, C-41/90, EU:C:1991:161, *para* 21.

⁵² FENIN, *para* 25.

⁵³ Fédération Française des Sociétés d'Assurance, Société Paternelle-Vie, Union des Assurances de Paris-Vie i Caisse d'Assurance et de Prévoyance Mutuelle des Agriculteurs protiv Ministère de l'Agriculture et de la Pêche, C-244/94, EU:C:1995:392, *para* 21.

ako se ona “može izvršavati, barem načelno, od strane privatnog poduzetnika koji namjerava steći dobit”.⁵⁴ Autor zaključuje da je ekonomska aktivnost djelatnost koja se sastoji u ponudi roba odnosno pružanju usluga, bez obzira dobiva li se za to protučinidba neposredno od korisnika ili nekog drugog, npr. zdravstvenog fonda, postoji li stjecanje dobiti te neovisno o tome čini li to poduzetnik ili javnopravno tijelo na načelu solidarnosti. S druge strane, aktivnost je poduzetnička ako je riječ o ekonomskoj aktivnosti koja isključuje izvršavanje javne vlasti ili solidarnost kao osnovno načelo organizacije poslovanja. *Arg. a contrario*, organizacija koja obavlja ekonomsku aktivnost npr. pružanjem medicinske usluge na načelima solidarnosti, premda ulazi pod pojam ekonomski aktivnog subjekta, ne ulazi i pod pojam poduzetnika. Dok bi ekonomska aktivnost bila kriterij za pojam poduzetnika, svojstvo poduzetnika nije kriterij za kvalifikaciju aktivnosti kao ekonomske, odnosno činjenica da entitet nije poduzetnik nije kriterij za kvalifikaciju aktivnosti kao neekonomske. Autor zaključuje kako je ekonomska aktivnost širi pojam od poduzetničke aktivnosti jer se ekonomska aktivnost može obavljati kao poduzetnička i kao nepoduzetnička aktivnost. U spomenutom kontekstu treba razmotriti položaj javnopravnih i privatnopravnih zaklada kao poduzetnika.

U predmetu *Cassa di Risparmio*⁵⁵ Sud EU-a istaknuo je da “u slučaju da bankarska fundacija, djelujući radi ostvarenja javnog interesa i socijalne pomoći, koristi ovlaštenja (...) kako bi utjecala na financijske poslove, trgovačke poslove, poslove s nekretninama i imovinom nužnim ili prikladnim za ostvarenje propisanih ciljeva, sposobna je nuditi robu ili usluge na tržištu konkurirajući drugim operatorima, (...)”⁵⁶ pa se “temeljeno na toj pretpostavci (...) bankarska fundacija mora smatrati poduzetnikom, budući da je uključena u ekonomsku aktivnost, bez obzira na to što je ponuda dobara ili usluga učinjena bez namjere stjecanja dobiti, jer takva ponuda konkurira ponudama operatora koji djeluju s namjerom stjecanja dobiti.”⁵⁷ Sud je potvrdio da neprofitni entiteti mogu biti subjekti pravila tržišnog natjecanja⁵⁸, odnosno da nisu imuni od primjene istih pravila koja se primjenjuju na komercijalne poduzetnike.⁵⁹ Isto je

⁵⁴ SAT Fluggesellschaft GmbH protiv Eurocontrol, C-364/92, EU:C:1994:7, para 9.

⁵⁵ Ministero dell'Economia e delle Finanze protiv Cassa di Risparmio di Firenze SpA, Fondazione Cassa di Risparmio di San Miniato i Cassa di Risparmio di San Miniato SpA, C-222/04, EU:C:2006:8.

⁵⁶ *Ibid.*, para 122.

⁵⁷ *Ibid.*, para 123.

⁵⁸ Lombardo, *op. cit.*, u bilj. 16, str. 228.

⁵⁹ Breen, *op. cit.* u bilj. 18., str. 67.

potvrđeno u predmetu *MOTOE*.⁶⁰ Stoga listi poduzetnika, u smislu prava tržišnog natjecanja, treba dodati zaklade i fundacije.⁶¹ U predmetu *Wellcome Trust*⁶² postavilo se pitanje predstavlja li kupoprodaja dionica i drugih vrijednosnih papira od strane povjerenika ekonomsku aktivnost ako *trust* nema status trgovca vrijednosnim papirima. Sud EU-a smatrao je da “činjenica da *trust* nema status profesionalnog trgovca vrijednosnicama u Ujedinjenom Kraljevstvu ne znači da aktivnost (...) koja se sastoji u stjecanju dionica i drugih vrijednosnica ne može, u nekim slučajevima, biti smatrana ekonomskom aktivnošću (...)”.⁶³ Smatrao je da “treba uzeti kako se mora smatrati da *trust* s položajem kako je opisan od strane suda koji je uputio prethodno pitanje (...) ograničava svoje aktivnosti na upravljanje investicijskim portfeljem *na jednak način kao i privatni ulagatelj*” (istaknuo autor).⁶⁴ Međutim, aktivnost koja se sastoji u kupoprodaji dionica i drugih vrijednosnica od strane povjerenika tijekom upravljanja imovinom karitativnog trusta ne ulazi u pojam ekonomska aktivnost.⁶⁵ Zakladama se stoga ne može *a priori* negirati ni sloboda poslovnog nastana. Ponuda pružanja usluga ili dobara koju čini zaklada može konkurirati ponudi profitabilnog društva i takva se prisutnost na tržištu smatra ekonomskom aktivnošću. Za europskog zakonodavca pravni oblik entiteta nije relevantan za definiciju poduzetnika u smislu prava tržišnog natjecanja. Radi ostvarenja svrhe pravila o tržišnim slobodama, tj. omogućavanja subjektima koji obavljaju ekonomsku aktivnost u jednoj državi članici da to čine i u drugoj te urednog funkcioniranja unutarnjeg tržišta, isto bi trebalo vrijediti u području tržišnih sloboda. Iz teksta članka 49. st. 2. UFEU-a ne proizlazi da europsko pravo razlikuje zaklade, fundacije, društva i sl. kada je posrijedi sloboda poslovnog nastana. Treba uzeti da bi bila zabranjena nacionalna ograničenja u pogledu ulaska ili izlaska zaklade s teritorija neke države članice, uključujući pravo na prekogranični

⁶⁰ Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) protiv Elliniko Dimosio, C-49/07, EU:C:2008:376, para 27.

⁶¹ Smatra se da toj listi pripadaju trgovačka društva, ortaštva, pojedinci, trgovačke komore, javna trgovačka društva i zadruge. Tako Craig, P.; de Búrca, G., *EU Law: Text, Cases, and Materials, Second Edition*, Oxford University Press, Oxford, 1998., str. 893; slično Butorac Malnar, V.; Pecotić Kaufman, J.; Petrović, S., *Pravo tržišnog natjecanja*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2013., str. 108.

⁶² Wellcome Trust Ltd. protiv Commissioners of Customs and Excise, C-155/94, EU:C:1996:243.

⁶³ *Ibid.*, para 31.

⁶⁴ *Ibid.*, para 36.

⁶⁵ *Ibid.*, para 42.

prijenos sjedišta uz zadržavanje pravne osobnosti po pravu države osnutka.⁶⁶ Zaklada koja ne upravlja aktivno svojom imovinom nije dionik ekonomskih aktivnosti te se ne bi mogla pozivati na slobodu poslovnog nastana.⁶⁷ Stoga u svakom konkretnom slučaju treba ocijeniti je li zaklada poduzetnik te *ex post* utvrditi je li subjekt tržišne slobode.⁶⁸ Riječ je o funkcionalnom pristupu.⁶⁹

3. ZAKLADE U KONTEKSTU SLOBODE KRETANJA KAPITALA

Članak 63. st. 1. UFEU-a⁷⁰ zabranjuje sva ograničenja u pogledu kretanja kapitala između država članica te država članica i trećih zemalja. Članak 63. st. 2. UFEU-a zabranjuje sva ograničenja u pogledu plaćanja između država članica te država članica i trećih zemalja. Svaki oblik izravnog ili neizravnog ograničenja zabranjen je. Odredbe o kretanju kapitala odnosno plaćanjima ne razlikuju vrstu prekograničnog kretanja kapitala odnosno prekogranične novčane transakcije. Prekogranična transakcija koja ima za cilj neku dopuštenu svrhu (gospodarsku ili dobrotvornu) može se podvesti pod odredbe članka 63. UFEU-a. Svako ograničenje koje izravno ili neizravno pogađa kretanje kapitala ili prekogranično plaćanje poduzeto u gospodarske ili dobrotvorne svrhe treba smatrati zabranjenim. Ako se navedeni zaključak primjeni na zaklade, razlikuju se sljedeće situacije.

3. 1. Kretanje kapitala iz države članice u državu članicu

Primarno pravo ne definira “kapital”.⁷¹ Smatra se da kretanje kapitala uključuje sredstva koja su namijenjena ili sposobna za ulaganja s ciljem stvaranja

⁶⁶ *Studija...*, *op. cit.* u bilj. 1, str. 132.

⁶⁷ *Ibid.*, str. 135.

⁶⁸ Nisu sve zaklade jednako prikladne za obavljanje ekonomske aktivnosti. Potporne zaklade doniraju novac i ne nude vlastite usluge ili dobra u zamjenu za protučinidbu. One se u pravilu neće moći pozivati na slobodu poslovnog nastana. Tako *ibid.*

⁶⁹ Isto Becker, *op. cit.* u bilj. 15, str. 811. Za potrebu da Sud EU-a zauzme isti pristup kod ocjene obavlja li zaklada ekonomsku aktivnost vidi Lombardo, *op. cit.* u bilj. 16, str. 254.

⁷⁰ *Ex čl. 56. Ugovora o Europskoj zajednici (Ugovor iz Amsterdama)*, Službeni list, C 340, 10. studenoga 1997.

⁷¹ Barnard, C., *The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms*, Oxford University Press, Oxford, 2004., str. 465. Isto Flynn, L., *Free movement of capital*, u: Barnard, C.; Peers, S. (ur.), *European Union Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014., str. 448.

prihoda.⁷² U nedostatku definicije, a radi olakšane primjene odredbi o slobodi kretanja kapitala, usvojena je Direktiva Vijeća 88/361/EEZ od 24. lipnja 1988. o implementaciji čl. 67. Ugovora.⁷³ Aneks uz navedenu Direktivu sadržava tzv. Nomenklaturu, indikativnu listu slučajeva u kojima se smatra da dolazi do kretanja kapitala. U odjeljku XI. Nomenklature navodi se indikativna lista slučajeva kretanja tzv. osobnog kapitala. Tu ulaze darovanja i osnovna imovina namijenjena osnivanju zaklada, miraz, nasljedstva i legati. Prekogranično darovanje i ulaganje osnovne imovine u zakladne svrhe ulazi pod slobodu kretanja osobnog kapitala. Prekogranična oporučna raspolaganja za slučaj smrti, kojima se osnivaju zaklade ili ostavljaju legati, potpadale bi pod tu tržišnu slobodu. Stoga prekogranični poslovi s osobnim kapitalom, a koji bi bili poduzeti u vezi s osnivanjem, podupiranjem zaklada i oporučivanjem imovine u zakladne svrhe u drugim državama EU-a, uživaju zaštitu prema čl. 63. UFEU-a.

3. 2. Kretanje kapitala iz trećih država u državu članicu EU-a i iz države članice EU-a u treće države

Direktiva o implementaciji čl. 67. ne slijedi u potpunosti odredbu čl. 63. st. 1. UFEU-a. Aneks sadržava indikativnu listu slučajeva kretanja, *inter alia*, osobnog kapitala samo u pogledu kretanja kapitala koja se spominju u članku 1. Direktive o implementaciji čl. 67. Čl. 1. Direktive o implementaciji čl. 67. nalaže državama da “uklone ograničenja kretanja kapitala do kojeg dolazi između osoba [pravnih ili fizičkih, op. a.] rezidentnih u državama članicama”. Indikativna lista iz Nomenklature ne primjenjuje se na kretanja kapitala do kojih bi došlo između pravnih i fizičkih osoba rezidentnih u EU-u i pravnih i fizičkih osoba rezidentnih u trećim državama. Kretanje osobnog kapitala u zakladne svrhe do kojeg bi došlo između npr. donatora iz SAD-a i zaklade rezidentne u državi članici EU-a ne bi bilo pokriveno čl. 1. Direktive o implementaciji čl. 67. Međutim, čl. 63. UFEU-a ima izravan učinak⁷⁴ u svim državama članicama EU-a i ovlašćuje fizičke i pravne osobe pred nacionalnim sudovima

⁷² Flynn, *op. cit.* u bilj. 71, str. 448.

⁷³ Službeni list, L 178, 8. 7. 1988., str. 5 – 18, dalje: Direktiva o implementaciji čl. 67. Čl. 67. Ugovora o Europskoj ekonomskoj zajednici iz 1957. zamijenjen je čl. 73b Ugovora o Europskoj zajednici (Službeni list, C 224, 31. kolovoza 1992.), a zatim u kasnijoj renumeraciji člankom 56. Ugovora o Europskoj zajednici koji je renumeriran u čl. 63. UFEU-a. Referiranje na čl. 67. treba shvatiti kao referiranje na odredbe sadašnjeg čl. 63. UFEU-a.

⁷⁴ Skatteverket protiv A, C-101/05, EU:C:2007:804, *para* 21.

država članica. Fizičke i pravne osobe mogu se izravno pozivati na odredbe o slobodi kretanja kapitala u odnosu na treće države. Činjenica da je Direktiva o implementaciji čl. 67. uredila pitanje slobode kretanja kapitala uže, tj. između država članica EU-a, nije protivna čl. 63. UFEU-a. U području kretanja kapitala prema odnosno iz trećih država izravno će se primjenjivati odredbe čl. 63. UFEU-a. Na provedbenoj razini nema razloga da Sud i nacionalni sudovi ne koriste indikativnu listu kao pomoćno sredstvo u tumačenju je li kretanje donacija iz trećih zemalja prema EU-u i *vice versa* također kretanje osobnog kapitala.⁷⁵ Aneksom su kretanja kapitala “klasificirana sukladno ekonomskoj prirodi imovine (...) izraženoj u nacionalnoj ili stranoj valuti”.⁷⁶ Analogijom bi se kriterij ekonomske prirode imovine mogao primijeniti kod kvalifikacije kretanja kapitala prema odnosno iz trećih država.

3. 3. Prekogranična plaćanja iz države članice u državu članicu

Odredbama članka 63. st. 2. UFEU-a zajamčena je sloboda prekograničnih plaćanja između država članica EU-a. Imovinskopravne transakcije kod zaklada ne uključuju samo prekogranično osnivanje zaklada uplatom osnovne imovine ili prekogranične donacije državljana jedne države članice zakladama u drugoj državi članici. Kako razlikovati kretanje kapitala od plaćanja? Analizom indikativne liste primjećuje se da kapital obuhvaća široku listu slučajeva: stjecanje poduzeća⁷⁷, ulaganja u nekretnine⁷⁸, burzovne poslove s vrijednosnicama⁷⁹, financijske zajmove i kredite⁸⁰, premije plaćanja po osnovi osiguranja⁸¹ i kretanja osobnog kapitala. Pojam kretanje kapitala može obuhvatiti kretanje novčanog i nenovčanog kapitala⁸², dok prekogranično plaćanje uključuje prekogranično kretanje novca. Stjecanje poduzeća, ulaganja na burzi i nekretnine, izdvajanje dijela imovine u osnovnu imovinu zaklade impliciraju dugotrajnost ulaganja, dok plaćanja impliciraju jednokratno ispunjenje novčane obveze.

⁷⁵ Aneks Direktive je Sudu EU-a putokaz pri tumačenju pojma kapital. Tako Barnard, *op. cit.* u bilj. 71, str. 465.

⁷⁶ Aneks I, recital I. Preambule.

⁷⁷ *Ibid.*, I, Izravna ulaganja, t. I.

⁷⁸ *Ibid.*, II, Ulaganja u nekretnine.

⁷⁹ *Ibid.*, III, Operacije s vrijednosnim papirima kojima se redovito trguje na tržištu kapitala.

⁸⁰ *Ibid.*, VIII, Financijski zajmovi i krediti.

⁸¹ *Ibid.*, X, Prijenosi pri ispunjenju ugovora o osiguranju.

⁸² Slično Flynn, *op. cit.* u bilj. 71, str. 448.

U doba prije Maastričkog ugovora⁸³ Sud je zauzeo stav kako prekogranično plaćanje implicira protučinidbu za kupljenu robu ili pruženu uslugu⁸⁴, pa se smatra da plaćanja uključuju “sve financijske poslove koji se odnose na trgovinu robom i uslugama između rezidenata i pojedinaca rezidentnih u ostatku svijeta”.⁸⁵ Može se zamisliti da zakladi osnovanoj u jednoj državi članici treba uplatiti iznos po osnovi najamnine ili zakupnine koji potražuje po osnovi ugovora o najmu ili zakupu nekretnine čiji je vlasnik u drugoj državi članici. Stjecanje nekretnine smatralo bi se kretanjem kapitala.⁸⁶ Prekogranično plaćanje zakupnine ili najamnine treba tumačiti kao plaćanje ugovorne tražbine.⁸⁷

3. 4. Prekogranična plaćanja iz treće države u državu članicu odnosno iz države članice u treću državu

Kod prekograničnih plaćanja koja se obavljaju između države članice EU i države koja nije članica EU, odredbe čl. 63. UFEU-a imaju izravan učinak. Zaklade kao sudionici prekograničnih transakcija izravnim pozivanjem na odredbe čl. 63. UFEU-a stječu pravo obavljati i primati prekogranične uplate.

3. 5. Ograničenja

Dopuštena su nacionalna ograničenja i ograničenja propisana pravom EU-a. Odredbe čl. 63. UFEU-a ne isključuju primjenu ograničenja koja su bila propisana nacionalnim pravima država članica ili pravom EU-a na dan 31. prosinca 1993. u pogledu kretanja kapitala prema ili iz trećih država.⁸⁸ Dopuštena ograničenja propisana pravom EU-a mogu se podijeliti na dopuštena ograničenja koja smije uvesti EU u određenim slučajevima⁸⁹ te dopuštena ograničenja koja države članice smiju uvesti radi ostvarenja neke opravdane svrhe

⁸³ Čl. 73b Ugovora o Europskoj uniji, SLEZ, C 191, 29. srpnja 1992.

⁸⁴ Vidi presudu u predmetu *Graziana Luisi i Giuseppe Carbone protiv Ministero del Tesoro*, spojeni predmeti C-286/82 i 26/83, EU:C:1984:35, *para* 21.

⁸⁵ Tako Flynn, *op. cit.* u bilj. 71, str. 448.

⁸⁶ Aneks, Značenje pojmova, str. 4.

⁸⁷ Vidi *infra* predmet Stauffer.

⁸⁸ Čl. 64. st. 1. UFEU-a. Riječ je o tzv. povijesnim ograničenjima. Barnard, *op. cit.* u bilj. 71, str. 480.

⁸⁹ Čl. 66. UFEU-a. Riječ je o mogućnosti EU-a da uvede privremene zaštitne mjere u slučaju kada bi, u iznimnim okolnostima, kretanje kapitala prema trećim državama ili iz trećih država uzrokovalo ili prijetilo da će uzrokovati ozbiljne poteškoće za funkcioniranje ekonomske i monetarne unije.

koja za posljedicu mogu imati ograničenje kretanja kapitala. Nacionalna ograničenja važna su zbog činjenice da ovise o ocjeni svake pojedine države članice. Sukladno čl. 65. st. 1. UFEU-a, primjena slobode kretanja kapitala iz članka 63. UFEU-a ne isključuje pravo država članica EU-a da primjene mjerodavne odredbe nacionalnog poreznog prava koje razlikuju porezne obveznike koji ne dijele isti položaj u pogledu mjesta prebivališta ili mjesta gdje su uložili kapital. Ovakvo ograničenje trebalo bi poslužiti organizaciji poreznog sustava. To može kao opravdanu posljedicu imati ograničenje kretanja kapitala. Odredbe primarnog prava o slobodi kretanja kapitala ne isključuju pravo država članica da poduzmu sve potrebne mjere u cilju sprečavanja povrede nacionalnog prava i propisa, posebice u području oporezivanja i brižnog nadzora nad radom financijskih institucija, ili da propišu postupke za davanje podataka o kretanju kapitala koji se prikupljaju u upravne ili statističke svrhe, ili da poduzmu mjere koje su opravdane razlozima javne politike ili javne sigurnosti. Međutim, one ne smiju predstavljati sredstvo arbitrarne diskriminacije ili prikrivenog ograničenja slobode kretanja kapitala i plaćanja.⁹⁰ Porezno-pravni okvir znatno utječe na ponašanje potencijalnih donatora te na ulaganja zaklada.⁹¹ Osnivanje i rad zaklada nalaze se pod lupom javne vlasti u cilju sprečavanja izbjegavanja poreza ili financiranja nezakonitih aktivnosti. Iz prakse Suda EU-a jasno je kako različit poreznopravni tretman slobode kretanja imovine namijenjene zakladama ili imovine koju zaklada stječe u drugim državama članicama uzrokuje prepreke.

Pitanje oporezivanja imovine strane zaklade javilo se u predmetu *Stauffer*.⁹² Budući da je odredba njemačkog prava razlikovala pravo na porezno izuzeće ovisno o mjestu poslovnog nastana za potrebe razrezivanja poreza na zakupninu, u ovom predmetu se postavilo pitanje je li protivno ugovornim pravilima o kretanju kapitala da “zaklada osnovana po privatnom pravu jedne države članice ne bude izuzeta od korporacijskog poreza, te da bude ograničeno oporezovana za zakupninu koju prima u Njemačkoj, za razliku od zaklada osnovanih u Njemačkoj, koje nemaju poreznu odgovornost, a primaju sličan dohodak.” Sud je naglasio kriterij “sudjelovanja na stabilnoj i trajnoj osnovi u gospodarskom životu države članice domaćinu”⁹³ i “stalnu prisutnost u državi

⁹⁰ Čl. 65. st. 3. UFEU-a.

⁹¹ *Studija...*, *op. cit.* u bilj. 1, str. 92.

⁹² Centro di Musicologia Walter Stauffer protiv Finanzamt München für Körperschaften, C-386/04, EU:C:2006:568.

⁹³ *Ibid.*, para 18.

domaćinu”⁹⁴ te da se “nekretninama koje se kupuju i posjeduju mora aktivno upravljati”.⁹⁵ Zaklada nije upotrebljavala nekretnine u zakladne svrhe te je pomoćne djelatnosti oko zakupa obavljao njemački agent.⁹⁶ Sud je zaključio da odredbe nacionalnog prava koje razlikuju zaklade za potrebe oporezivanja zakupnine predstavljaju ograničenje⁹⁷ jer stavljaju zaklade sa sjedištem izvan Njemačke u lošiji položaj, što može stvoriti prepreku slobodi kretanja kapitala i prekograničnih plaćanja.⁹⁸ Opravdana ograničenja slobode kretanja kapitala iz tadašnjeg članka 73d(1)(a) Ugovora o Europskoj zajednici⁹⁹, koja dozvoljavaju državama da primjene mjerodavne odredbe nacionalnog poreznog prava koje razlikuju porezne obveznike koji ne dijele isti položaj u pogledu mjesta prebivališta ili mjesta gdje su uložili kapital, treba usko tumačiti.¹⁰⁰ Nacionalno pravo koje razlikuje porezni tretman zaklada mora biti takvo da se razlika u tretmanu odnosi na situacije koje nisu objektivno usporedive ili koje se mogu opravdati razlozima u općem interesu, poput osiguranja koherentnosti poreznog sustava ili učinkovitog poreznog nadzora.¹⁰¹ Njemačka je tvrdila da se nerezidentne i rezidentne zaklade ne nalaze u usporedivoj situaciji.¹⁰² Pritom je istaknuto kako rezidentne zaklade imaju važnu ulogu u Njemačkoj te “izvršavaju zadaće koje bi inače trebale obavljati nacionalne ili regionalne vlasti, a koje bi predstavljale teret za državni proračun”.¹⁰³ Prema tumačenju Suda promocija interesa opće javnosti ne podrazumijeva nužno da takve aktivnosti moraju koristiti njemačkim građanima.¹⁰⁴ Sud je prihvatio stav iznesen u mišljenju nezavisne odvjetnice¹⁰⁵ po kojem “prema pravu Zajednice nije nužno da države članice automatski priznaju stranim zakladama, koje u svojim državama podrijetla imaju priznat status zaklade, isti takav status na svojem

⁹⁴ *Ibid.*, para 19.

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ *Ibid.*, para 28.

⁹⁸ *Ibid.*, para 27.

⁹⁹ Sadašnji članak 65. st. 1. UFEU-a.

¹⁰⁰ Stauffer, para 31.

¹⁰¹ *Ibid.*, para 32.

¹⁰² *Ibid.*, para 33.

¹⁰³ *Ibid.*, para 34.

¹⁰⁴ *Ibid.*, para 38.

¹⁰⁵ Mišljenje nezavisne odvjetnice Stix-Hackl od 15. prosinca 2005., EU:C:2005:785, para 94.

teritoriju.”¹⁰⁶ Države imaju “pravo diskrecije, koje su dužne izvršavati u skladu s pravom Zajednice.”¹⁰⁷ Države su ovlaštene zahtijevati postojanje “dovoljno bliske poveznice” između zaklada kojima dodjeljuju karitativan status radi poreznih olakšica¹⁰⁸ i njihovih aktivnosti, no ne nužno veze između zakladnih aktivnosti i nacionalnog teritorija. Sud je istaknuo kako “u situaciji u kojoj zaklada, kojoj je priznat takav status u jednoj državi članici, također zadovoljava zahtjeve propisane za tu svrhu pravom druge države članice i gdje je cilj promocija potpuno istih interesa opće javnosti (...) vlasti te države članice ne mogu uskratiti toj zakladi pravo na jednak tretman samo na temelju činjenice da nema poslovni nastan na njezinu teritoriju.”¹⁰⁹ Time je Sud usvojio načelo “nadzora države domaćina”.¹¹⁰ Tijela države domaćina, u kojoj djeluje zaklada osnovana po pravu druge države članice, na temelju odredbi zakladnog prava države domaćina ocjenjuju ispunjava li strana zaklada pretpostavke (uz iznimku mjesta poslovnog nastana, tj. sjedišta) zakladnog prava države domaćina radi priznanja statusa zaklade. Sam inozemni poslovni nastan nije dovoljan za različit tretman. Time je potvrdio načelo zabrane diskriminacije temeljem poslovnog nastana. Sud je zaključio¹¹¹ da se članak 73b Ugovora o Europskoj zajednici, u vezi s člankom 73d Ugovora o Europskoj zajednici, mora tumačiti na sljedeći način. Država članica koja izuzima od poreza zakupninu koju je na njezinu teritoriju primila zaklada koja, načelno, ako je osnovana na njezinu području, ima neograničenu poreznu odgovornost, ne smije uskratiti istu iznimku stranoj privatnopravnoj zakladi glede sličnog prihoda. Takav pristup je zabranjen ako je drugačiji tretman isključivo posljedica činjenice da druga zaklada, budući da je osnovana u drugoj državi članici, u prvoj državi članici ima samo ograničenu poreznu odgovornost.

Nakon presude *Stauffer* ostao je problem zaklada koje djeluju u 28 država članica. Nadzor države domaćina podrazumijeva usklađivanje zaklade s preostalim 27 nacionalnih prava. Takvo rješenje dovodi do situacije u kojoj nema formalne zapreke da zaklada djeluje prekogranično, no *de facto* je učinak isti. Svaka država članica i dalje može nametnuti vlastite kriterije po kojima će priznavati stranu zakladu. Nužnost prethodnog poznavanja nacionalnih pravila,

¹⁰⁶ *Stauffer*, para 39.

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ Hemels, *Are we in need...*, op. cit. u bilj. 17, str. 426.

¹⁰⁹ *Stauffer*, para 40.

¹¹⁰ Engl. *host state control*. Tako Hemels, *Are we in need...*, op. cit. u bilj. 17, str. 428.

¹¹¹ *Stauffer*, para 63.

troškovi prijevoda dokumenata na službene jezike država članica, kontradiktornost nacionalnih pravila u području najniže propisane imovine za osnivanje zaklade te različitost nacionalnih pravila u pogledu pitanja što sve može biti dopuštena zakladna svrha ostaju prepreke za prekogranično djelovanje zaklada.¹¹² Usvajanje “nadzora države domaćina” nije riješilo problem slobode kretanja.¹¹³ U tom smislu predlaže se¹¹⁴ usvajanje suprotnog načela “nadzora vlastite države”¹¹⁵, koje je izraz uzajamnog priznanja.¹¹⁶ Posljednje je Sud već razvio u praksi koja se tiče slobode kretanja roba.¹¹⁷ Zaklada sa sjedištem u državi članici morala bi ispuniti samo pretpostavke za priznanje statusa zaklade propisane vlastitim pravom, radi dobivanja poreznih olakšica.¹¹⁸ Mogući problem primjene automatskog priznanja statusa zaklade jest u implicitnom priznanju važenja stranog prava pred vlastitim tijelima. Ona tada ocjenjuju status zaklade primjenom pravila druge države članice, što otvara pitanja granica nacionalnog suvereniteta.¹¹⁹ U uvjetima u kojima države članice različito gledaju na ulogu i svrhu zaklada ne očekuje se spremnost država na usvajanje ovog načela.¹²⁰

U predmetu *Persche*¹²¹ bila je sporna uskrata poreznog odbitka za prekograničnu donaciju u stvarima karitativnoj ustanovi sa sjedištem u drugoj državi članici. Njemačka je odbila prijavu s obrazloženjem da primatelj donacije nije pravna osoba s nastanom u Njemačkoj.¹²² U kontekstu tadašnjih članaka 56. – 58. Ugovora o Europskoj zajednici postavilo se pitanje “treba li donacije u stvarima za svakodnevnu potrošnju od strane državljana države članice tijelima sa sjedištem u drugoj državi članici, a koja su po nacionalnom pravu te države priznata kao karitativna, promatrati u svjetlu slobode kretanja kapitala iz članka 56. UEZ-a te, u slučaju potvrdnog odgovora, imajući na umu obvezu država članica da su dužne ispitati izjave dane od strane poreznih obveznika i

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ Hemels, *Are we in need...*, *op. cit.* u bilj. 17, str. 428.

¹¹⁴ *Ibid.*, str. 429 – 430.

¹¹⁵ Engl. *home country control*.

¹¹⁶ Engl. *mutual recognition*.

¹¹⁷ Rewe-Zentral AG protiv Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (*Cassis de Dijon*) C-120/78, EU:C:1979:42, *paras* 8, 14.

¹¹⁸ Isto Hemels, *Are we in need...*, *op. cit.* u bilj. 17, str. 429.

¹¹⁹ *Ibid.*, str. 430.

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ Hein Persche protiv Finanzamt Lüdenscheid, C-318/07, EU:C:2009:33.

¹²² *Ibid.*, *para* 15.

načelo razmjernosti (...), je li nespojivo sa slobodom kretanja kapitala (...) da se pravom države članice propisuju porezne olakšice na donacije karitativnim tijelima samo ako su ona rezidenti u toj državi članici.”¹²³ Sud je pošao od opće zabrane ograničenja kretanja kapitala i nomenklature koja “donacije” svrstava u kretanja osobnog kapitala.¹²⁴ U slučaju da porezni obveznik iz EU-a traži porezni odbitak iznosa koji odgovara vrijednosti učinjene donacije u stvarima rezidentima iz drugih država članica EU-a, nije bitno je li riječ, za potrebe utvrđenja spada li predmetno nacionalno zakonodavstvo u polje primjene slobode kretanja kapitala, o daru u novcu ili u stvarima.¹²⁵ Nacionalno zakonodavstvo može spadati u polje primjene čl. 56. – 58. Ugovora o Europskoj zajednici i kada se odnosi na prijenos imovine koja uključuje novčana sredstva te pokretnu i nepokretnu imovinu.¹²⁶ Što se tiče prirode robe, tj. je li roba namijenjena u investicijske ili potrošačke svrhe, iz nacionalnog zakonodavstva je proizlazilo da ono priznaje porezni odbitak neovisno o tome je li riječ o donaciji u stvarima ili novcu te mjestu kupnje stvari.¹²⁷ Sud je zauzeo stav kako ne bi jasno proizlazilo iz svrhe njemačkog zakonodavstva da ono prije spada u polje primjene slobode kretanja dobara nego kapitala.¹²⁸ Potreba da se nepriznavanjem poreznih olakšica za donacije karitativnim tijelima u drugim državama članicama, koje ne supstituiraju javnopravne funkcije države koja odlučuje o poreznim olakšicama, pokuša spriječiti redukcija poreznih prihoda od takvih donacija nije ni opravdan razlog za ograničenje slobode kretanja kapitala iz članka 58. Ugovora o Europskoj zajednici ni jedan od važnih razloga u javnom interesu koji bi opravdavao ograničenje slobode koju jamči Ugovor.¹²⁹ Zaključio je da je dopušten različit tretman samo ako se ciljevi karitativnih tijela razlikuju u dvama nacionalnim zakonodavstvima.¹³⁰ Tijelo s nastanom u jednoj državi članici, a koje ispunjava pretpostavke za priznavanje karitativnog statusa u drugoj državi članici, radi priznanja porezne olakšice, nalazi se u pogledu davanja poreznih olakšica od strane druge države članice, a koje postoje kako bi se potaknulo karitativno djelovanje, u usporedivoj situaciji s tijelima kojima

¹²³ *Ibid.*, para 19.

¹²⁴ *Ibid.*, para 24.

¹²⁵ *Ibid.*, para 25.

¹²⁶ *Ibid.*, para 26.

¹²⁷ *Ibid.*, para 29.

¹²⁸ *Ibid.*

¹²⁹ *Ibid.*, para 46.

¹³⁰ *Ibid.*, paras 47 i 49.

je priznat karitativni status, a koje imaju nastan u drugoj državi članici.¹³¹ Stoga mora uživati jednak porezni tretman.¹³² Presudom je pojašnjeno što se može smatrati donacijom kao oblikom kretanja kapitala. Postavljene su granice opravdanja ograničenja kretanja donacija te su razvijena načela potvrđena u presudi *Stauffer*, u prvom redu načelo “nadzora države domaćina”.¹³³ Ono se afirmiralo kao osnovno pravilo za odluku o (ne)priznanju zakladne svrhe i znak da Sud ne misli primijeniti načelo uzajamnog priznanja zaklada (nadzora vlastite države).¹³⁴ Relevantnost iznesene problematike sastoji se u činjenici da se slobodom kretanja kapitala štite kretanja kapitala koja nemaju za cilj investiranje u profitnu djelatnost, tj. kretanja kapitala u obliku potrošačke robe. Pojašnjen je pojam “donacije”, koji uključuje donacije u naturi. Budući da Nomenklatura razlikuje vrste kapitala s obzirom na “kriterij ekonomske svrhe”, može se zaključiti da je Sud donaciju potrošačkog dobra *implicite* uvrstio na indikativnu listu kapitala. To znači da ekonomska svrha, koja se ispunjava (i) putem kretanja potrošačke robe u neprofitne, karitativne svrhe, nije isto što i poduzetnička odnosno investicijska svrha.¹³⁵ Zaklade donacijama u naturi (donacijom knjiga, osiguravanjem smještaja, pružanjem obrazovnih, zdravstvenih, kulturnih i sličnih socijalnih usluga bez protučinidbe) zadovoljavaju ekonomsku svrhu, a koja nije poduzetnička. Potvrđeno je načelo usvojeno u predmetu *Stauffer* kako se državu ne može prisiliti da automatski prizna karitativni status zakladi s nastanom u drugoj državi, no ako ona udovoljava istim pretpostavkama koje se traže po nacionalnom pravu za priznanje karitativnog statusa, sama činjenica da je riječ o stranoj zakladi nije razlog da joj se ne prizna isti porezni status.

Institut zaklada pokazao se relevantnim u pravnim poslovima u kojima se zaklade javljaju u ulozi beneficijara nasljednih prava. U predmetu *Heukelbach*¹³⁶ rješavalo se pitanje diskriminatornih poreznih pravila u odnosu na slobodu kretanja legata. Sud EU-a ustanovio je da konkretni slučaj treba promatrati u svjetlu poglavlja XI. o kretanju osobnog kapitala koji uključuje nasljedstva i legate. Heukelbach je bila vjerska udruga sa sjedištem u Njemačkoj koja je oporukom iz 2003. određena legatarom belgijske državljanke koja je bila bel-

¹³¹ *Ibid.*, para 50.

¹³² *Ibid.*, para 63.

¹³³ *Ibid.*, paras 44 i 48.

¹³⁴ Hemels, *Are we in need...*, op. cit. u bilj. 17, str. 430.

¹³⁵ Persche, para 21.

¹³⁶ *Missionswerk Werner Heukelbach eV protiv Belgije*, C-25/10, EU:C:2011:65.

gijski rezident i preminula je 2004. u Belgiji.¹³⁷ Postavilo se pitanje “trebaju li se članci 18., 45., 49. i 54. UFEU-a tumačiti tako da isključuju mogućnost da se zakonodavstvom države članice usvoji ili održi pravilo čija je svrha pridržati porezne pogodnosti po sniženoj stopi od 7 % neprofitnim udrugama (...) privatnim zakladama i zakladama od javnog interesa, a koje su osnovane u državi članici u kojoj je u trenutku smrti preminula, valonski rezident, stvarno prebivala ili radila ili u kojoj je ona prethodno stvarno prebivala ili radila.”¹³⁸ Sud je smatrao kako u konkretnom slučaju treba primijeniti pravila o slobodi kretanja kapitala¹³⁹ s obzirom na to da je nasljeđivanje oblik kretanja osobnog kapitala za potrebe članka 63. UFEU-a. Sud je istaknuo problem ograničenja kretanja kapitala u slučaju nasljedstva jer su ona takve prirode da snižavaju vrijednost ostavine rezidenta države članice EU-a, a koja nije ista ona država u kojoj je ostavina smještena i koja oporezuje tu ostavinu.¹⁴⁰ Belgijsko pravo ima za učinak ograničenja kretanja kapitala snižavanjem vrijednosti ostavine¹⁴¹, što čini prekogranično kretanje kapitala manje atraktivnim, na način da odvraća državljane da imenuju za legatаре osobe s nastanom u državama članicama u kojima belgijski rezidenti nisu doista ni prebivali ni radili.¹⁴²

Iz analize presuda može se izvesti zaključak o zakladama kao ovlaštenicima slobode poslovnog nastana, kretanja kapitala i tržišnog natjecanja. Presudom *Cassa di Risparmio*¹⁴³ utvrđeno je da se fundacija kao neprofitna organizacija, ako djeluje na tržištu pružajući usluge ili stavljajući robu u promet, na način kako to čine profitni operatori, smatra poduzetnikom. U predmetu *Wellcome Trust*¹⁴⁴ utvrđeno je da nije isključeno da investicijski trust bude tretiran kao privatni ulagatelj, tj. subjekt ekonomske aktivnosti, dok je puko upravljanje financijskom imovinom karitativnog trusta od toga isključeno. U predmetu *Stauffer*¹⁴⁵ utvrđeno je da zaklada ne smije biti porezno diskriminirana zbog činjenice da ima sjedište izvan države oporezivanja ako udovoljava pretpostavkama za priznanje zakladne svrhe koje država domaćin primjenjuje na zaklade sa sjedištem na njihovu teritoriju. Time je inaugurirano načelo “nadzora države

¹³⁷ *Ibid.*, para 7.

¹³⁸ *Ibid.*, para 12.

¹³⁹ *Ibid.*, para 17.

¹⁴⁰ *Ibid.*, para 22.

¹⁴¹ *Ibid.*, para 24.

¹⁴² *Ibid.*, para 25.

¹⁴³ *Cassa di Risparmio*, *op. cit.* u bilj. 55.

¹⁴⁴ *Wellcome Trust*, *op. cit.* u bilj. 62.

¹⁴⁵ *Stauffer*, *op. cit.* u bilj. 92.

domaćina” kao kriterij određivanja mjerodavnog prava za ocjenu dopuštenosti zakladne svrhe (*lex foundationis*). Presudom u predmetu *Heukelbach*¹⁴⁶ Sud je otvorio put slobodi kretanja nasljednih legata kao osobnog kapitala u odnosu na zaklade koje nemaju sjedište u državi ostaviteljeva domicila ili rada. Presudama je osiguran kontinuitet u vidu afirmacije načela jednakog tretmana, načela zabrane diskriminacije i načela “države domaćina”. Unatoč neprofitnom cilju zaklade uživaju slobodu poslovnog nastana u mjeri u kojoj sudjeluju u obavljanju gospodarske aktivnosti, tj. ponude roba i/ili usluga koje konkuriraju onima koje nude komercijalni ponuđači. Zbog toga nisu izuzete ni od primjene pravila tržišnog natjecanja. Razlika između društava kao klasičnih ekonomskih entiteta i zaklada u vezi s mogućnosti korištenja pravima s naslova dviju tržišnih sloboda sastoji se u tome što su trgovačka društva izrijekom spomenuta kao korisnik slobode poslovnog nastana, dok se specifičnost zaklada odnosno fundacija sastoji u *ex post* kvalifikaciji zakladne aktivnosti o kojoj će ovisiti ocjena njezina poduzetničkog karaktera. Slijedom navedenog, nije moguće *ex ante* kvalificirati zaklade kao entitete isključene od primjene pravila o slobodi poslovnog nastana. Problem ostaje načelo “nadzora države domaćina”. Ono čini nužnim da se prekogranično djelovanje zaklada hipotetski usklađuju s ostalih 27 nacionalnih prava. Ovakav “nacionalno orijentirani” stav Suda EU-a prema priznanju zaklada ostavlja dojam da sudska praksa nije uklonila prepreke punom ostvarenju slobode poslovnog nastana.

4. OSTVARENJE SLOBODE POSLOVNOG NASTANA I KRETANJA KAPITALA ZAKLADA U RH

Ulaskom RH u punopravno članstvo EU-a na tuzemne zaklade (i fundacije) primjenjuje se *supra* opisani europski pravni okvir. Uređenje zaklada odnosno fundacija¹⁴⁷ u pravu RH podsjeća na uređenje društava. Definicija zaklade¹⁴⁸ podrazumijeva nužnost¹⁴⁹ postojanja osnovne imovine, trajnost i postojanje (općekorisnog ili dobrotvornog) cilja. Budući da sama imovina ili

¹⁴⁶ Heukelbach, *op. cit.* u bilj. 136.

¹⁴⁷ Prema čl. 32. Zakona o zakladama i fundacijama, Narodne novine, br. 36/1995, 64/2001 (dalje: ZZF) na fundacije se na odgovarajući način primjenjuju odredbe ZZF koje se odnose na zaklade. U tom smislu ono što se navodi za zaklade na odgovarajući se način primjenjuje na fundacije.

¹⁴⁸ Prema čl. 2. st. 1. ZZF-a zaklada je imovina namijenjena da sama, odnosno prihodima što ih stječe, trajno služi ostvarivanju neke općekorisne ili dobrotvorne svrhe.

¹⁴⁹ Prema čl. 25. st. 1. t. 1. ZZF-a u slučaju gubitka imovine zaklada prestaje postojati.

njezini prihodi ne mogu služiti ostvarivanju neke svrhe, navedena definicija implicira postojanje unutarnjeg ustrojstva, zakladnih tijela¹⁵⁰ koja upravljaju imovinom. Osnivanje zaklade dopušteno je¹⁵¹ ako je imovina zaklade dostatna za trajno ispunjavanje zakladne svrhe, a to neće biti slučaj ako bi njezini predviđivi prihodi trajno ili za dulje vrijeme omogućavali samo očuvanje te imovine, a ne i ostvarenje neposredne zakladne svrhe. Navedeno implicira nužnost ostvarivanja prihoda iznad vrijednosti zakladne imovine. U protivnom, postoji opasnost da zaklada prestane s radom.¹⁵² To se može ostvariti gospodarskim korištenjem osnovne imovine te organizacijom aktivnosti poput prigodnih lutrija, prodaje tiskovina, amblema, znački i sl.¹⁵³ Slijedom navedenog, zaklade u RH mogu obavljati ekonomsku aktivnost s ciljem uvećanja imovine, a radi očuvanja osnovne imovine. Osnovnu imovinu zaklade čini imovina koju je zakladnik namijenio zakladi aktom o osnivanju. Ona postaje imovinom zaklade upisom zaklade u zakladni upisnik, a ministarstvo (uprave, op. a.) može i prije upisa zaklade u zakladni upisnik poduzimati pred nadležnim (sudskim ili upravnim, op. a.) tijelima radnje radi zaštite osnovne imovine.¹⁵⁴ Sudski postupci¹⁵⁵ u kojima zaklada ostvaruje imovinskopravne zahtjeve prema zakladnoj imovini te sudski postupci u kojima se ostvaruju prava prema zakladi mogu se voditi u ime zaklade (kao aktivno odnosno pasivno legitimiranog subjekta, op. a.) i prije nego što je zaklada stekla svojstvo pravne osobe.¹⁵⁶ U periodu između akta volje (oporuke, izjave ili ugovora) i trenutka stjecanja pravne osobnosti zaklade razvidno je da osnovna imovina uživa poseban pravni status. Iz odredbe o pravu na ostvarivanje imovinskopravnih zahtjeva prema zakladnoj imovini *u ime zaklade* prije nego što je ona stekla pravnu osobnost proizlazi da postoji institut sličan predružstvu, koji se za potrebe ovog rada naziva predzaklada. Posljedice postupaka vođenih u ime zaklade pripisat će se zakladi. Predzaklada djeluje u ime zaklade. Zakladu treba shvatiti dvojako: kao namjensku imovinu i pravni subjekt. Premda zakonodavac propisuje da je zaklada pravna osoba, ne treba smetnuti s uma da zakladu primarno definira kao "imovinu namijenjenu da sama, odnosno prihodima koje stječe, trajno

¹⁵⁰ Čl. 21. st. 3. ZZF-a.

¹⁵¹ Čl. 6. st. 1. t. 3. ZZF-a.

¹⁵² Čl. 25. st. 1. t. 2. ZZF-a.

¹⁵³ Čl. 16. st. 2. ZZF-a. Vidi i čl. 31. ZZF-a.

¹⁵⁴ Čl. 16. st. 1. ZZF-a.

¹⁵⁵ Čl. 29. st. 1. ZZF-a.

¹⁵⁶ Čl. 29. st. 2. ZZF-a.

služi ostvarivanju neke općekorisne ili dobrotvorne svrhe”¹⁵⁷, iz čega se zaključuje da se zaklada kao imovini priznaje samostalan status prije inkorporacije. Ako je zakladu osnovao jedan zakladnik izjavom posljednje volje (oporukom), postoji obveza ostavinskog suda da o izjavi posljednje volje obavijesti ministarstvo¹⁵⁸, koje zaklada imenuje privremenog upravitelja.¹⁵⁹ Osnovna imovina kao dio ostavine¹⁶⁰ pripada nasljednicima dok se zaklada ne upiše i ne postane njezin nositelj. U tom slučaju nastaje zajednica nasljednika. Ako je zaklada osnovana ugovorom više zakladnika, bila bi riječ o obliku ortaštva. Predzaklada pripada imovini ortaštva kao zajednička imovina zakladnika.¹⁶¹ Ne može se uzeti da dijelovi te imovine pripadaju zakladnicima jer “osnovna imovina” implicira da ju je zakladnik namijenio budućoj pravnoj osobi te se imovinsko-pravni zahtjevi prema njoj ostvaruju u ime buduće zaklade. U tom se slučaju ne može govoriti o predzakladi kao ortaštvu, već o ortaštvu zakladnika koji drže predzakladu. Ortaštvo postoji radi ostvarenja idealnog cilja, koji se sastoji u konačnom osnivanju zaklade, i osnivanjem zaklade ono prestaje.¹⁶² Upisom zaklade u upisnik imovina postaje imovina zaklade¹⁶³ te predzaklada prestaje. Osvrt na institut predzaklade pokazuje kako je riječ o specifičnoj imovini koja u određenom trenutku postaje imovina zaklade te koja u fazi osnivanja pravne osobe uživa poseban materijalnopравни i procesni položaj. Stoga se autor u nastavku osvrće na eventualno prekogranično raspolaganje predzakladom u kontekstu kretanja kapitala i domaćih pravila o deviznom poslovanju u drugim državama članicama.

4. 1. Nedostaci hrvatskog zakladnog prava u pogledu slobode poslovnog nastana i kretanja kapitala

Zaklade i fundacije sa sjedištem u RH, kao dionici unutarnjeg tržišta EU-a, trebaju uživati tržišne slobode na jednak način kao zaklade sa sjedištem u

¹⁵⁷ Čl. 2. st. 1. ZZF-a.

¹⁵⁸ Čl. 8. ZZF-a.

¹⁵⁹ Čl. 9. ZZF-a.

¹⁶⁰ Prema čl. 46. Zakona o nasljeđivanju, Narodne novine, br. 48/2003, 163/2003, 35/2005, 127/2013, 33/2015 (dalje: ZN), oporučitelj može oporukom odrediti da se neka stvar, pravo ili dio ostavine ili cijela ostavina upotrijebi za postignuće neke dopuštene svrhe.

¹⁶¹ Čl. 638. st. 3. Zakona o obveznim odnosima, Narodne novine, br. 35/2005, 41/2008, 125/2011, 78/2015 (dalje: ZOO).

¹⁶² Čl. 655. st. 1. t. 1. ZOO-a.

¹⁶³ Čl. 16. st. 1. ZZF-a.

drugim državama članicama EU-a. Treba utvrditi u kojoj je mjeri ZZF kao *sedes materiae* usklađen s pravilima o slobodi poslovnog nastana i kretanja kapitala i ima li potrebe za izmjenama domaćeg regulacijskog okvira.

Strana zaklada može u RH, po načelu uzajamnosti, osnovati svoje predstavništvo putem kojeg obavlja djelatnost u RH.¹⁶⁴ Poslovanjem predstavništva prava i obveze stječe strana zaklada odnosno fundacija.¹⁶⁵ Načelo uzajamnosti ne traži se u slučaju da je zaklada osnovana po pravu države članice Svjetske trgovinske organizacije, u što ulaze države članice EU-a.¹⁶⁶ Budući da ZZF nigdje posebno ne uređuje režim prekograničnog djelovanja zaklada iz EU-a, hrvatsko pravo priznaje mogućnost djelovanja zaklada osnovanih (i) po pravu neke države članice EU-a na teritoriju RH, bez zahtjeva uzajamnosti, samo putem predstavništva.¹⁶⁷ Ne bi trebalo sprečavati da zaklade djeluju putem zastupnika ili podružnica kao redovitih načina djelovanja za račun drugoga. Stoga odredba ZZF-a nije u skladu s člankom 49. st. 1. UFEU-a, jer čini manje atraktivnim ostvarenje slobode poslovnog nastana stranih zaklada.¹⁶⁸ Odredbe o slobodi poslovnog nastana zabranjuju ograničenja u pogledu osnivanja zastupstva, podružnica ili društava kćeri osobama iz drugih država članica. Pravo na sekundarni poslovni nastan zaklade sa sjedištem u EU-u ne bi se moglo uvjetovati osnivanjem predstavništva, uz istovremeno odbijanje da se registrira zastupstvo koje bi u ime i za račun zaklade sklapalo npr. ugovor o stipendiranju studenata rezidentnih u RH ili ugovor o donaciji novčanih sredstava za obnovu područja pogođenih prirodnom nepogodom. U tom smislu navedenu odredbu treba mijenjati na način da se istom omogućava osnivanje drugih oblika sekundarnog djelovanja zaklada sa sjedištem u EU-u. Zaklade ispunjavanjem općekorisne svrhe unapređuju društvene djelatnosti poput obrazovanja, kulture ili sporta.¹⁶⁹ U tom smislu one bi mogle pružati usluge npr. podučavanja. Prema važećim pravilima ZZF-a uvjetovanje obavljanja djelatnosti putem predstavništva čini potrebnim da se prije početka pružanja neke

¹⁶⁴ Čl. 2a, st. 2. ZZF-a.

¹⁶⁵ Čl. 11b ZZF-a.

¹⁶⁶ Premda ZZF to izrijekom ne spominje, već posredno kroz spominjanje članica Svjetske trgovinske organizacije, u što ulaze države članice EU-a, uzajamnost se ne bi smjela tražiti ni po pravu EU-a kada su u pitanju zaklade iz drugih država članica.

¹⁶⁷ Slična rješenja mogu se pronaći u pravima Poljske i Bugarske, dok primjerice Češka dozvoljava osnivanje podružnice. *Studija..., op. cit.* u bilj. 1, str. 107.

¹⁶⁸ *Ibid.*, str 135.

¹⁶⁹ Čl. 2. st. 3. ZZF-a.

usluge, tj. obavljanja djelatnosti¹⁷⁰, prvo upiše predstavništvo. Autor smatra da takav zahtjev predstavlja prepreku i otežava prekogranično pružanje usluge koja ne zahtijeva uspostavu nekog oblika poslovnog nastana. Stoga bi odredbe ZZF-a o osnivanju predstavništva trebalo izmijeniti i dopuniti tako da se omogući onim zakladama sa sjedištem u drugim državama članicama EU-a, koje žele na trajnijoj osnovi djelovati na području RH, da osnuju druge oblike sekundarnog poslovnog nastana. S druge strane, onim zakladama koje imaju interes pružati prekogranične usluge trebalo bi omogućiti da to čine bez prethodnog upisa predstavništva.

Osnivanje zaklade nije dopušteno ako za njezino osnivanje ne postoji nikakav razborit razlog ili kad svrha zaklade očito ne bi bila ozbiljna.¹⁷¹ Budući da zakladu može osnovati strana fizička ili pravna osoba¹⁷², čin osnivanja zaklade ulazi u prekogranično ulaganje osnovne imovine (osobni kapital). Određenje općekorisne ili dobrotvorne svrhe kao razboritog razloga za osnivanje zaklade ne implicira da djelovanje zaklade osnovane u RH mora biti isključivo u općem interesu državljana RH.¹⁷³ Tumačenje razboritosti i dovoljne ozbiljnosti ne može biti ovisno o tome ima li osnivanje zaklade smisla s aspekta općeg nacionalnog interesa. Pravne standarde "razboritost" i "ozbiljnost svrhe" treba stoga tumačiti s obzirom na dopuštena ograničenja kretanja kapitala iz čl. 65. UFEU-a.

Sporna je i odredba po kojoj se novčana sredstva koja čine dio imovine zaklade moraju unijeti u RH i položiti na račun zaklade.¹⁷⁴ Iz tako stipulirane odredbe proizlazi da račun mora biti otvoren u RH i da se unesena sredstva zaklade moraju deponirati na tom računu, tj. isključivo kod banke sa sjedištem u RH. Premda se takva odredba može činiti razumnom s poreznog aspekta ili nadzora tijekom novca, ona izravno nameće zakladama obvezu da sklope ugovor o otvaranju računa kod domaćih banaka, čime se posljednje stavljaju u privilegirani položaj u odnosu na banke sa sjedištem u drugim državama članicama.

¹⁷⁰ Čl. 57. st. 1. UFEU-a spominje usluge kao djelatnosti (*activities*) te primjerično navodi djelatnosti industrijskog, trgovačkog, obrtničkog i profesionalnog karaktera. Čl. 4. t. 1. Direktive 2006/123/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 12. prosinca 2006. o uslugama na unutarnjem tržištu (SL L 376, 27.12.2006, str. 36 – 98) definira uslugu kao svaku samostalnu ekonomsku djelatnost koja se obično obavlja uz naknadu, kako je spomenuto u čl. 50 Ugovora (sadašnji čl. 57. UFEU-a).

¹⁷¹ Čl. 6. st. 3. t. 2. ZZF-a.

¹⁷² Čl. 3. st. 1. ZZF-a.

¹⁷³ Cf. Stauffer, *op. cit.* u bilj. 92, *para* 38.

¹⁷⁴ Čl. 16. st. 4. ZZF-a.

S druge strane, nerezidentnim bankama ograničava se mogućnost da ponude i pruže uslugu otvaranja i vođenja depozitnog računa zakladama iz RH. To je potencijalno sporno i s aspekta prekograničnog pružanja bankarskih usluga. Tu odredbu treba sagledati u svjetlu pravila o deviznom poslovanju kojima se liberalizira depozitno poslovanje s inozemstvom. Prema Zakonu o deviznom poslovanju¹⁷⁵, kao *lex specialis*, depozitni bi poslovi temeljem ugovora o depozitu između rezidentne zaklade i nerezidentne financijske institucije sa sjedištem u nekoj drugoj državi članici bili dopušteni. Stoga se devizna sredstva koja ulaze u imovinu zaklade ne bi morala unijeti u RH i položiti na račun kod tuzemne banke, već se mogu deponirati kod nerezidentne banke sa sjedištem u drugoj državi članici EU-a. Autor smatra da isto treba vrijediti i za predzakladu kao buduću imovinu zaklade. Predzaklada kao namjenska imovina može biti dio nasljedničke zajednice ili pak zajednička imovina zakladnika. Moguće je skupno raspolaganje tom imovinom i prije nego što ona postane imovinom zaklade pravne osobe koja će dalje njome raspolagati. Primjerice, zakladnici kao fizičke osobe rezidenti mogu odlučiti prije upisa da će deponirati novčana sredstva na štedno-depozitni račun kod nerezidentne banke iz druge države članice zbog npr. povoljnije kamatne stope ili boljih uvjeta osiguranja depozita.

U RH mogu se osnivati samo tzv. potporne zaklade.¹⁷⁶ Iz takvog određenja zakladne svrhe proizlazi da se aktom o osnivanju ne može odrediti da će zaklada imati obiteljsku svrhu ili biti sama sebi svrha.¹⁷⁷ Određenjem zaklade kao isključivo dobrotvorne ili općekorisne potporne zaklade onemogućeno je i osnivanje operativnih zaklada.¹⁷⁸ Predstavništva stranih zaklada mogu djelovati samo u skladu s propisima koji se primjenjuju na zaklade i fundacije sa sjedištem u RH.¹⁷⁹ To se može tumačiti na način da ne bi bilo dozvoljeno prekogra-

¹⁷⁵ Čl. 12. Zakona o deviznom poslovanju, Narodne novine, br. 96/2003, 140/2005, 132/2006, 150/2008, 92/2009, 133/2009, 153/2009, 145/2010, 76/2013.

¹⁷⁶ Arg. ex čl. 18. st. 1. t. 3. ZZFA koji propisuje kako statut zaklade mora osobito sadržavati, *inter alia*, "odredbe o svrsi zaklade, uporabi njezinih prihoda odnosno krugu osoba koje se *zakladom potpomažu*, te o načinu na koji se odobrava *potpora*" (istaknuo autor).

¹⁷⁷ Arg. ex čl. 4. st. 2. t. 3. ZZFA i čl. 25. st. 1. t. 3. ZZFA. Zaklade za vlastitu svrhu osnivaju se radi trajnijeg održavanja poduzeća osnivača. Zaklada postoji radi održavanja jedinstva poduzeća, okrupnjavanja prihoda. U njemačkom pravu jasno se razlikuje imovina od zakladne svrhe: zakladna svrha mora se nalaziti izvan uložene imovine, a imovina je samo sredstvo za ostvarenje zakladne svrhe. Tako Dutta, *op. cit.* u bilj. 8, str. 837.

¹⁷⁸ Za pojam operativna zaklada vidi *supra* bilj. 1.

¹⁷⁹ Čl. 2a st. 4. ZZFA.

nično djelovanje stranih operativnih ili obiteljskih zaklada¹⁸⁰ u RH ni putem predstavništva kao oblika sekundarnog nastana. S obzirom na to da u drugim državama članicama EU-a djeluju takvi oblici zaklada, trebalo bi razmisliti o tome da se odredbe o zakladnoj svrsi promijene na način da dozvoljavaju osnivanje zaklade u svaku "dopuštenu svrhu".¹⁸¹ Razlog tomu ne leži u mogućoj diskriminaciji inozemnih zaklada jer jednaki uvjeti postoje, tj. jednaka nemogućnost osnivanja drugih tipova zaklada postoji i glede tuzemnih zaklada. U skladu s načelom države domaćina i vlastitim pravno-političkim shvaćanjima o svrsi i ulozima zaklade RH može samostalno odrediti što se u njezinu poretku ima smatrati zakladom. Stoga izostanak domaćih pravila o pretpostavkama za osnivanje drugih oblika zaklada nije suprotno pravu EU-a. Moguća politička i zakonodavna odluka u smjeru proširenja kruga zakladnih svrha omogućila bi RH da se pridruži zemljama EU-a koje su odlučile liberalizirati svoja prava dopuštenim osnivanjem novih oblika zaklada.¹⁸² Treba spomenuti kako prave potporne zaklade u pravilu nisu subjekti ekonomskih aktivnosti jer ne nude vlastite usluge i robu na tržištu kao konkurenti trgovcima koji to isto čine za profit. Takav režim zaklada hrvatskog prava kao isključivo potpornih zaklada pada na testu "ekonomski aktivnog subjekta" iz presude *Cassa di Risparmio*.

U slučaju prestanka postojanja zaklade zakladna se imovina može prenijeti nekoj drugoj zakladi sa sličnom zakladnom svrhom.¹⁸³ Navedenu odredbu trebalo bi tumačiti na način da se može raditi o zakladi iz neke druge države članice EU-a. Zakladna svrha ne mora biti ograničena na RH, a svaka praksa koja bi isključivala mogućnost prekograničnog prijenosa zakladne imovine bila bi sporna s aspekta slobode kretanja kapitala.

5. ZAKLJUČAK

Različit pravni tretman zaklada u pravima država članica otežava prekogranično djelovanje zaklada. Uočene pravne prepreke sastoje se u različitom

¹⁸⁰ Razvoj klasičnog modela obiteljskih zaklada ima korijene u Lihtenštajnu i Austriji. Obiteljske zaklade nastaju kao pokušaj zaštite, očuvanja i prijenosa novostečenog bogatstva građanskog sloja. Vidi Panico, *op. cit.* u bilj. 13, str. 99.

¹⁸¹ Takvo rješenje nalazimo u državama poput Bugarske, Cipra, Danske, Estonije, Njemačke, Grčke, Italije, Nizozemske, Švedske. *Studija...*, *op. cit.* u bilj. 1, str. 53. U Danskoj postoje zaklade koje sjedinjavaju općekorisnu i komercijalnu svrhu. *Ibid.*, str. 35.

¹⁸² *Ibid.*, str. 99.

¹⁸³ Čl. 27. st. 2. ZZF-a.

tretmanu tuzemnih i inozemnih zaklada u pogledu oporezivanja prihoda od imovine, prekograničnih donacija, prekograničnog kretanja nasljednopravnih legata. Građanskopravne prepreke sastoje se u različitom shvaćanju pojma zaklade i dopuštenih zakladnih svrha, u problemima priznanja pravne osobnosti, prijenosa imovine. Rad na unifikaciji prava EU-a pokušaj je prevladavanja nacionalnih razlika i stvaranja pretpostavki za slobodno kretanje zaklada. On još nije rezultirao usvajanjem harmonizacijskog instrumenta. Sud EU-a u svojoj je praksi identificirao osnovne prepreke prekograničnom djelovanju zaklada. One se ponajprije sastoje u poreznim propisima koji su nepovoljniji za inozemne zaklade. Iz analizirane prakse proizlazi da nema razlike između društava kao ekonomskih entiteta i zaklada po pitanju mogućnosti korištenja pravima s naslova dviju tržišnih sloboda. Zaklade su subjekti slobode poslovnog nastana i kretanja kapitala. U mjeri u kojoj se mogu kvalificirati kao konkurenti trgovcima, zaklade su subjekti tržišnog natjecanja. Njihova se specifičnost sastoji u *ex post* ocjeni zakladne aktivnosti i kvalifikaciji poduzetničkog karaktera zaklade. Primjena “nadzora države domaćina” i dalje čini potrebnim da se zaklade koje djeluju prekogranično usklađuju s nacionalnim pravima. Takav pristup čini upitnom harmonizaciju zakladnog prava EU-a.

Ulaskom RH u punopravno članstvo EU-a zaklade sa sjedištem u RH postaju dionici unutarnjeg tržišta. Treba dopuniti odredbe ZZF-a o osnivanju predstavništava na način da se proširi mogućnost osnivanja drugih oblika sekundarnog nastana te omogući onim zakladama iz EU-a koje nemaju namjeru djelovati na trajnijoj osnovi da pružaju usluge bez prethodnog upisa tuzemnog predstavništva. Uvođenjem mogućnosti da osim općekorisne ili dobrotvorne svrhe zaklada ima i drugu dopuštenu svrhu stvorio bi se okvir za osnivanje ostalih dopuštenih zaklada. Premda postojeći pravni okvir glede dopuštene zakladne svrhe ne diskriminira strane zaklade u odnosu na tuzemne, njegovim bi se eventualnim proširenjem dodatno liberaliziralo tržište zaklada. Standarde “razboritost” i “ozbiljnost” zakladne svrhe treba tumačiti u kontekstu dopuštenih ograničenja sloboda poslovnog nastana i kretanja kapitala. Nakon liberalizacije deviznog poslovanja, a imajući na umu slobodu kretanja kapitala, treba dozvoliti zakladama otvaranje depozitnih računa u drugim državama članicama EU-a. Predloženim izmjenama domaćeg zakonodavstva proširile bi se mogućnosti za prekogranično djelovanje stranih zaklada u RH i omogućila puna integracija hrvatskog prava u zakladno pravo EU-a *in statu nascendi*.

Summary

Kristijan Poljanec *

FOUNDATIONS AS BENEFICIARIES OF FREEDOM OF ESTABLISHMENT AND FREE MOVEMENT OF CAPITAL IN EUROPEAN UNION AND CROATIAN LAW

The paper analyses the legal treatment of foundations as beneficiaries of the freedom of establishment and free movement of capital in European Union and Croatian law. There are barriers to cross-border activity of foundations in Member States' laws. Barriers arise out of heterogeneity of national laws, the concepts and purpose of foundations. The paper analyses primary and secondary law in the area of market freedoms. Under certain conditions foundations can be subject to competition law. Provisions of the Croatian Act on Foundations and related laws are analysed. The paper indicates possible shortcomings of the domestic legislative solutions, which seem to be disputable under rules on market freedoms.

Key words: foundation, freedom of establishment, free movement of capital, EU, Act on Foundations

* Kristijan Poljanec, LL. M., Assistant, Faculty of Economics & Business, University of Zagreb, Trg J. F. Kennedyja 6, Zagreb; kpoljanec@efzg.hr