

SLOBODA KRETANJA TRGOVAČIH DRUŠTAVA U EUROPSKOJ UNIJI

*Doc. dr. sc. Davor Babić **

UDK 347.725(4)
339.923:061.1>(4)
Izvorni znanstveni rad

U europskom pravu društava, sve više se umjesto unifikacije “odozgo” zagovara ideja regulatornog natjecanja. Prema tom shvaćanju, osnivačima trgovačkih društava trebala bi biti priznata sloboda osnivanja društva u bilo kojoj državi članici bez obzira na to gdje će ono imati stvarno sjedište. Time bi zakonodavci bili potaknuti da svoje pravo učine atraktivnim ulagačima. Države članice nudile bi svoje pravo društava kao proizvod na jedinstvenom europskom tržištu. Natjecanje zakonodavaca u pravnom uređenju trgovačkih društava moglo bi dovesti do veće učinkovitosti, a možda i do veće konvergencije prava društava od one koja nastaje tijesnim političkim kompromisima. U ovom radu razmatra se omogućuje li primarno pravo EZ osnivačima odnosno članovima društva da izaberu državu članicu u kojoj će društvo biti registrirano (mobilnost ili slobodno kretanje trgovačkih društava). U tu svrhu, najprije ćemo u glavnim crtama razmotriti slobodu poslovnog nastana koja je temelj za izbor mjerodavnog prava društava u primarnom pravu EZ. Potom ćemo razmotriti slobodu izbora prava društava u trenutku osnivanja i tijekom trajanja društva. Nakon toga, razmotrit ćemo u kojoj mjeri države članice prema Ugovoru o EZ mogu ograničiti slobodu izbora prava društava. Na kraju rada iznijet ćemo zaključak da primarno pravo EZ u značajnoj mjeri omogućuje mobilnost odnosno slobodno kretanje trgovačkih društava iz jedne države članice u drugu, čime su uvelike ostvarene pravne pretpostavke za regulatorno natjecanje država članica u području prava društava.

Ključne riječi: međunarodno privatno pravo, pravo društava, europsko pravo, regulatorno natjecanje, prekogranično pripajanje i spajanje trgovačkih društava, prekogranični prijenos sjedišta društva

* Dr. sc. Davor Babić, docent Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Trg maršala Tita 14, Zagreb

1. UVOD

Još od usvajanja Ugovora o osnivanju Europske ekonomske zajednice iz 1957., pravno uređenje trgovačkih društava jedan je od sastavnih dijelova prava EZ. Čl. 54(2)(g) Ugovora (sadašnji čl. 44(2)(g)) ovlašćuje Vijeće i Komisiju da, u svrhu ostvarivanja slobode poslovnog nastana zajamčene Ugovorom, “usklađuju propise prava država članica donesene u interesu članova trgovačkih društava i trećih osoba u svrhu njihovog ujednačavanja”. Ta odredba Ugovora o EZ trebala je biti temelj za značajno ujednačavanje ili barem približavanje nacionalnih prava društava u Europi. U akademskim krugovima nerijetko se nagovještavala potpuna unifikacija prava društava na europskoj razini i doki-danje nacionalnih prava društava na temelju ove odredbe.¹

Doista, ako su u suvremenom gospodarstvu trgovačka društva glavni nositelji gospodarskih aktivnosti, čini se logičnim da stvaranje jedinstvenog europskog tržišta podrazumijeva i potrebu usklađivanja prava trgovačkih društava na europskoj razini. No, desetljeća iskustva u primjeni čl. 54(2)(g) Ugovora o EZ pokazala su da potrebe tržišta za unificiranim pravom društava nisu dovoljno jake da bi potaknule države članice da se u značajnijoj mjeri odreknu specifičnosti nacionalnog uređenja prava društava i pregovaraju o harmonizaciji. Nekoliko direktiva, uredaba i preporuka u ovom području uređuje neka sasvim specifična, ponekad gotovo periferna pitanja, dok se o mnogim područjima koja čine srž prava društava konsenzus na razini Zajednice uopće ne nazire.²

Zahvaljujući praksi Suda EZ o slobodi poslovnog nastana (čl. 43. Ugovora o EZ), u posljednje se vrijeme različitost nacionalnih prava društava počinje

¹ C. M. Schmitthoff, *The Future of the European Company Law Scene*, u: *The Harmonization Of European Company Law* (ur. Schmitthoff, 1973), str. 9; W. Kolvenbach, *EEC Company Law Harmonization and Worker Participation*, *University of Pennsylvania Journal of International Business Law* (1990), str. 711-712; B. Großfeld, *The Internal Dynamics of the European Community Law*, *International Lawyer* (1992), str. 138-139.

² L. Enriques, *EC Company Law Directives - How Trivial Are They*, *ECGI Law Working Paper*, 39/2005, www.ssrn.com; L. Enriques, *Bad Apples, Bad Oranges: A Comment from Old Europe on Post-Enron Corporate Governance Reforms*, *Wake Forest Law Review* (2003), str. 911; H. Halbhuber, *National Doctrinal Structures and European Company Law*, *Common Market Law Review* (2001), str. 1385; Ch. W. A. Timmermans, *Company Law as Ius Commune? First Walter van Gerven Lecture, 2002*, www.law.kuleuven.ac.be/ccle; K. J. Hopt, *Company Law in the European Union: Harmonisation and/or Subsidiarity*, *International and Comparative Corporate Law Journal* (1999), str. 57.

shvaćati kao prednost, a ne mana europskog jedinstvenog tržišta. Umjesto unifikacije “odozgora” sve se više zagovara ideja regulatornog natjecanja u pravu društava. Prema tom shvaćanju, osnivači trgovačkih društava trebali bi imati slobodu da društvo osnuju u bilo kojoj državi članici bez obzira na to u kojoj će državi ono imati svoje stvarno sjedište. Sloboda izbora države članice osnivanja potaknula bi nacionalne zakonodavce da svoje pravo urede tako da bude atraktivno ulagačima. Svaka država članica nudila bi svoje pravo društava kao proizvod na jedinstvenom europskom tržištu. Međusobno natjecanje država članica u pravnom uređenju trgovačkih društava moglo bi dovesti do veće učinkovitosti, a možda i do veće konvergencije prava društava od one koja nastaje tijesnim političkim kompromisima.³

Pitanje hoće li u Europskoj uniji doista doći do konkurencije nacionalnih prava društava te do kakvih bi to posljedica dovelo, vrlo je kontroverzno. Kako je proces stvaranja europskog tržišta prava društava tek započeo, empirijska istraživanja o dosadašnjim učincima natjecanja zakonodavaca u ovom području su rijetka. U ovom radu ograničit ćemo se samo na pravne pretpostavke za nastanak tržišta prava društava, tj. na pitanje omogućuje li pravo EZ osnivačima odnosno članovima društva da izaberu državu članicu u kojoj će društvo biti

³ O konkurenciji pravnih poredaka u području prava društava u Europskoj uniji v. npr. H. Merkt, *Das europäische Gesellschaftsrecht und die Idee des Wettbewerbs der Gesetzgeber*, *RabelsZ* (1995), str. 545; N. Reich, *Competition Between Legal Orders: A New Paradigm of EC Law?*, *CMLR* (1992), str. 861; K. Heine, *Regulierungswettbewerb im Gesellschaftsrecht* (Berlin, 2003); E. M. Kieninger, *Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im europäischen Binnenmarkt* (Tübingen, 2002); S. Lombardo, *Regulatory Competition in Company Law in the European Community, Prerequisites and Limits* (New York, 2002); Th. Bachner, *Freedom of Establishment for Companies: a Great Leap Forward*, *The Cambridge Law Journal* (2003), str. 47 et seq.; J. Ch. Dammann, *The U.S. Concept of Granting Corporations Free Choice Among State Corporate Law Regimes as a Model for the European Community*, (SSRN Working Paper Series, www.ssrn.com); H. Eidenmüller, *Wettbewerb der Gesellschaftsrechte in Europa*, *ZIP* (2002), str. 2233; K. Heine & W. Kerber, *European Corporate Law, Regulatory Competition*, *13 European Journal of Law & Economics* (2002), str. 47; L. Enriques / M. Gelter, *How the Old World Encountered the New One: Regulatory Competition and Cooperation in European Corporate and Bankruptcy Law*, *ECGI Law Working Paper 63/2006*, www.ssrn.com; J. Armour, *Who Should Make Corporate Law? EC Legislation versus Regulatory Competition*, *ECGI Law Working Paper 54/2005*, www.ssrn.com; L. Enriques, *Company Law Harmonization Reconsidered: What Role for the EC?* *ECGI Law Working Paper 53/2005*; Z. Fluck / C. Mayer, *Race to the Top or Bottom? Corporate Governance, Freedom of Reincorporation and Competition in Law*, *ECGI Finance Working Paper 90/2005*.

registrirano (mobilnost ili slobodno kretanje trgovačkih društava). Ekonomskim rječnikom, usredotočit ćemo se samo na regulaciju tržišta na strani ponude, tj. na pravila koja omogućuju ili ograničavaju uvoz i izvoz prava društava iz jedne države članice u drugu.

U nastavku rada ponajprije ćemo u glavnim crtama razmotriti slobodu poslovnog nastana koja je temelj za izbor mjerodavnog prava društava u primarnom pravu EZ (2). Potom ćemo razmotriti slobodu izbora prava društava u trenutku osnivanja (3) i tijekom trajanja društva (4). Nakon toga, razmotrit ćemo u kojoj mjeri države članice prema Ugovoru o EZ mogu ograničiti slobodu izbora prava društava (5). Na kraju rada iznijet ćemo neka zaključna razmatranja (6).

2. SLOBODA POSLOVNOG NASTANA

Pravni temelj za slobodu izbora prava mjerodavnog za društvo u Europskoj uniji jest sloboda poslovnog nastana, jedna od temeljnih tržišnih sloboda ustanovljenih primarnim pravom EZ. Sloboda poslovnog nastana uređena je odredbom čl. 43. Ugovora o EZ. Prema toj odredbi, zabranjena su ograničenja prava osnivanja državljanima država članica na teritoriju druge države članice (čl. 43. st. 1). Sloboda osnivanja obuhvaća pravo obavljanja samostalnih djelatnosti i osnivanja trgovačkih društava prema pretpostavkama koje su propisane za vlastite državljanke u državi gdje se osnivanje obavlja (čl. 43. st. 2. Ugovora).

U smislu odredaba čl. 43. i 48. Ugovora, titulari prava osnivanja su fizičke osobe koje su državljani neke države članice (čl. 43. Ugovora) te društva osnovana prema propisima neke države članice koja imaju svoje registrirano sjedište, sjedište glavnog organa upravljanja ili glavno sjedište poslovanja unutar Europske zajednice (čl. 48. st. 1. Ugovora o EZ). Odredba čl. 48. st. 2. Ugovora određuje što znači "društvo" (fran. *société*, njem. *Gesellschaft*, eng. *company or firm*) u smislu prava poslovnog nastana propisujući da su to društva građanskog ili trgovačkog prava, uključujući zadruge te druge pravne osobe koje djeluju u skladu s javnim ili privatnom pravom, osim onih koje ne djeluju radi stjecanja dobiti.

Prema suvremenoj praksi Suda EZ, pravo poslovnog nastana temelj je za međusobno priznanje društava na području Zajednice. Ako je društvo osnovano prema pravu neke države članice, druge države članice trebaju tom društvu priznati pravnu osobnost i omogućiti mu da posluje bez propisivanja dodatnih

statusnopravnih pretpostavki. To tumačenje u skladu je s načelom međusobnog priznanja (*mutual recognition*) koje se u pravu unutrašnjeg tržišta razvija počevši od glasovite odluke Suda EZ u predmetu *Cassis de Dijon* iz 1979.⁴ Prema tom načelu, država članica ne može zabraniti prodaju nekog proizvoda (robe ili usluge) ako je on zakonito proizveden odnosno pušten u promet u drugoj državi članici, na temelju toga što se propisi države uvoza o proizvodnji tog proizvoda razlikuju od odgovarajućih propisa države porijekla.⁵ U području prava društava, načelo međusobnog priznanja znači da svaka država članica mora priznati učinke prava društava drugih država članica bez obzira na to što se ono razlikuje od domaćeg prava.

3. SLOBODA IZBORA MJERODAVNOG PRAVA DRUŠTAVA PRI OSNIVANJU DRUŠTVA

Puna sloboda izbora mjerodavnog prava društava podrazumijeva ponajprije to da osnivači mogu društvo osnovati u bilo kojoj državi članici bez obzira na to gdje će društvo imati stvarno sjedište. Tu slobodu izbora mjerodavnog prava većina država članica tradicionalno je nastojala ograničiti: a) kolizijskim pravilima koja propisuju da je za društvo mjerodavno pravo njegova stvarnog sjedišta ili (b) materijalnim pravilima koja se primjenjuju na strana društva koja imaju stvarno sjedište u tuzemstvu (zakoni o pseudostranim društvima). U nastavku ćemo pobliže razmotriti svako od navedenih ograničenja.

3.1. Kolizijska pravila o trgovačkim društvima

U poredbenom međunarodnom privatnom pravu prihvaćena su uglavnom dva pristupa u pogledu pitanja koje je pravo mjerodavno za trgovačko društvo (*lex societatis*): teorija osnivanja (inkorporacije) i teorija stvarnog sjedišta. Prema teoriji osnivanja, za trgovačko društvo mjerodavno je pravo države prema pravu koje je ono osnovano, bez obzira na to u kojoj državi to društvo posluje. Teorija osnivanja polazi od toga da je društvo tvorevina prava prema kojemu je

⁴ C-120/78, *Cassis de Dijon*, [1979] ECR 649, 20. veljače 1979.

⁵ Odluka Vijeća od 28. listopada 1999. o međusobnom priznanju (2000/C 141/02; Sl. list EU C-141/5 od 19. svibnja 2000.; Obavijest Komisije Vijeću i Europskom parlamentu o međusobnom priznanju, 9430/99, COM (99) 299, 16. lipnja 1999.

osnovano tako da samo to pravo može za njega biti mjerodavno. U državama koje prihvaćaju tu teoriju osnivači mogu svoje društvo osnovati prema stranom pravu i poslovati u tuzemstvu. Među državama članicama Europske unije, teoriju osnivanja prihvaćaju države anglosaskog pravnog kruga, skandinavske države članice i Nizozemska.⁶

Prema teoriji stvarnog sjedišta, za društvo je mjerodavno pravo države u kojoj ono ima stvarno, činjenično središte poslovnih aktivnosti,⁷ bez obzira na to gdje je registrirano. Jedan od najvažnijih učinaka teorije stvarnog sjedišta jest da društvo koje ima stvarno sjedište u državi različitoj od one u kojoj je osnovano u pravilu gubi pravnu osobnost jer nije registrirano prema pravu države koje je za njega mjerodavno. Očito je da teorija stvarnog sjedišta ne omogućuje slobodu izbora mjerodavnog prava društava. Njezin temeljni cilj upravo i jest spriječiti izbjegavanje domaćeg prava društava osnivanjem društava u inozemstvu. Teorija stvarnog sjedišta prihvaćena je u Njemačkoj, Francuskoj i većini ostalih država kontinentalnog pravnog kruga.⁸ Prvi put je primijenjena u Francuskoj četrdesetih godina devetnaestog stoljeća, kad su francuski sudovi odbili priznati pravnu sposobnost društvima osnovanima u Belgiji i Velikoj Britaniji radi izbjegavanja primjene francuskoga prava.^{9, 10}

⁶ B. Großfeld, u: Staudinger, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Internationales Gesellschaftsrecht* (Berlin, 1998), para. 152-156; B. Großfeld / T. König, *Das Internationale Gesellschaftsrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, RIW 6 (1992), str. 433; Merkt, op. cit. u bilj. 3, str. 560; C. T. Ebenroth / A. Sura, *Das Problem der Anerkennung im Internationalen Gesellschaftsrecht: Feststellung der Rechtsfähigkeit und Bestimmung des Personalstatuts*, *RabelsZ* (1979), str. 322-327.

⁷ Stvarnim sjedištem društva uglavnom se smatra mjesto iz kojeg se *de facto* upravlja društvom (*lieu de l'administration centrale, tatsächlicher Verwaltungssitz*). U ranijoj francuskoj teoriji zastupala se primjena prava države gdje se odvija ekonomska aktivnost odnosno djelatnost društva (*siège d'exploitation*). Današnje francusko pravo zastupa isključivo primjenu prava mjesta iz kojeg se upravlja društvom; v. A. Lucas / P. Catala, *Code civil 1997-1998* (Litec, 1997), str. 913. Sjedište uprave je kriterij za određivanje stvarnog sjedišta društva i prema Haškoj konvenciji o priznavanju pravne osobnosti trgovačkih društava, zadruga i zaklada iz 1956. (čl. 2. st. 3.) i Europskoj konvenciji o međusobnom priznanju trgovačkih društava i pravnih osoba iz 1968. (čl. 5.)

⁸ V. *supra*, bilj.

⁹ D. Charny, *Competition among Jurisdictions in Formulating Corporate Law Rules: An American Perspective on the "Race to the Bottom" in the European Communities*, *Harvard Int'l L.J.* 2 (1991), str. 428; Merkt, op. cit. u bilj. 3, str. 561.

¹⁰ Rasprave o učincima primjene teorije osnivanja i teorije stvarnog sjedišta rezultirale su u različitim teoretskim modelima koji su predstavljali pokušaj kompromisa između teorije

Iz perspektive primarnog prava EZ nameće se pitanje je li teorija stvarnog sjedišta u skladu sa slobodom poslovnog nastana koju uživaju društva osnovana po pravu neke države članice. To pitanje u Ugovoru o EZ nije nedvosmisleno riješeno. S jedne strane, prema odredbi čl. 48. Ugovora, titulari slobode osnivanja su društva koja su osnovana prema pravu jedne države članice i koja imaju registrirano sjedište, sjedište glavnog organa upravljanja ili glavno sjedište poslovanja unutar Europske zajednice. Kako čl. 48. definira koje pravne osobe uživaju slobodu osnivanja, može se zaključiti da su u toj odredbi već sadržani kriteriji za priznanje stranih trgovačkih društava. S druge strane, odredba čl. 293. Ugovora propisuje da će države članice, u mjeri u kojoj je to potrebno, pristupiti pregovorima u svrhu ostvarivanja pogodnosti za svoje državljane u pogledu međusobnog priznavanja trgovačkih društava. Ta odredba upućuje na to da pravila o međusobnom priznanju trgovačkih društava nisu unificirana odredbom čl. 48. Ugovora, jer se inače ne bi imalo o čemu pregovarati. Odredba čl. 293. uvrštena je u Ugovor o EZ na prijedlog francuske delegacije koja je željela izbjeći da Ugovor o EZ postane osnova za izbjegavanje primjene francuskog prava društava osnivanjem trgovačkih društava u Nizozemskoj koja bi poslovala u Francuskoj.¹¹ Sve to upućuje na zaključak da je Ugovorom o EZ dopuštena mogućnost da pozivom na teoriju stvarnog sjedišta države članice

osnivanja i teorije stvarnog sjedišta. Među tim modelima, najveću pažnju u literaturi privukle su teorija prekrivanja i teorija kombinacije. Prema teoriji prekrivanja (*Überlagerungstheorie*), koju je sedamdesetih godina prošlog stoljeća predložio Sandrock, pravo mjerodavno za trgovačko društvo bilo bi pravo osnivanja, s tim što bi se prisilni propisi prava stvarnog sjedišta primjenjivali u mjeri u kojoj su ti propisi povoljniji za treće osobe. Pravo registracije bilo bi "prekriveno" prisilnim normama države sjedišta na koje bi se treće osobe mogle pozivati (O. Sandrock, Ein amerikanisches Lehrstück für das Kollisionsrecht der Kapitalgesellschaften, *RabelsZ* 42 (1978), 227 ff). Prema teoriji kombinacije, koju je izložio Zimmer, pravo mjerodavno za trgovačko društvo je pravo njegova osnivanja, ali ako je situacija u potpunosti interna, primjenjuju se kogentni propisi *legis fori*. Teorijski temelj tog pristupa jest shvaćanje teorije osnivanja kao manifestacije stranačke autonomije, primarne poveznice za određivanje prava mjerodavnog za ugovor. Zimmer preuzima ideju koja je prihvaćena u određivanju ugovornog statuta da se stranačkom izboru prava mjerodavnog za ugovor u situacijama koje imaju vezu samo s jednim poretkom ne priznaje kolizijskopравни učinak; v. čl. 3. st. 3. Rimske konvencije o pravu mjerodavnog za ugovorne obveze (D. Zimmer, *Internationales Gesellschaftsrecht*, (Heidelberg, 1996, str. 232-240).

¹¹ Ch. W. A. Timmermans, *Company Law as Ius Commune?*, First Walter van Gerven Lecture, 2002, www.law.kuleuven.ac.be/ccl

odbiju priznati pravnu sposobnost društvima osnovanim u drugim državama članicama.

I ranija praksa Suda EZ pružala je uporište za proturječna shvaćanja o tome može li se teorija stvarnog sjedišta upotrijebiti kao sredstvo nametanja domaćeg prava društava. U predmetu *Segers* iz 1986. Sud je (doduše *obiter*) utvrdio da “članak 48. za primjenu odredaba o pravu osnivanja, traži samo da je društvo osnovano u skladu s pravom neke države članice i da ima svoje registrirano sjedište, sjedište uprave ili glavno mjesto poslovanja unutar Zajednice. Ako su ispunjeni ti uvjeti, činjenica da društvo posluje isključivo u drugoj državi članici putem zastupstva, podružnice ili društva-kćeri je irelevantna.”¹² To tumačenje upućivalo bi na to da se društvu koje udovoljava pretpostavkama iz čl. 48. ne može uskratiti pravna sposobnost pozivom na teoriju stvarnog sjedišta. No, u predmetu *Daily Mail* iz 1988., u kojemu je odlučio da država članica može ograničiti pravo trgovačkog društva koje je osnovano po njezinu pravu da prenese stvarno sjedište u drugu državu članicu, Sud je utvrdio da “razlike u nacionalnim zakonodavstvima u pogledu poveznica za trgovačko društvo i pitanja može li i kako društvo prenijeti registrirano ili faktično sjedište iz jedne države članice u drugu nisu riješene odredbama o pravu poslovnog nastana, već se moraju urediti budućim zakonodavstvom ili konvencijama.”¹³

Pitanje sukladnosti teorije stvarnog sjedišta s pravom osnivanja riješeno je tek u najnovijoj praksi Suda. Ključna je u tom pogledu odluka *Centros* iz 1999.¹⁴ U tom predmetu, danski državljani s prebivalištem u Danskoj odlučili su osnovati društvo djelatnost kojeg bi bila uvoz vina na dansko tržište. Prema danskom pravu, minimalni temeljni kapital za društvo s ograničenom odgovornošću iznosio je 200.000 danskih kruna ili oko 26.000 eura. Da bi izbjegli uplatu toga iznosa, Brydeovi su osnovali engleski *private limited company* i podnijeli prijavu za osnivanje podružnice u Danskoj. Iz te podružnice obavljali bi se svi poslovi društva. Naime, englesko pravo za *private limited companies* ne propisuje minimalni temeljni kapital, a registrirani temeljni kapital društva ne mora biti uplaćen. Dansko upravno tijelo koje vodi registar trgovačkih društava odbilo je registraciju podružnice, s obrazloženjem da je namjera osnivanja podružnice

¹² C-79/85 *Segers v. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Bank- en Verzekeringswezen, Groothandel en Vrije Beroepen* [1986] ECR 2375, paragraf 16.

¹³ C-81/87 R. v. *H. M. Treasury et al., ex parte Daily Mail and General Trust PLC* [1988] ECR 5483, paragraf 20.

¹⁴ C-212/97 *Centros Ltd. v. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, 9. ožujka 1999 [1999] ECR I-1459.

bila prijevorno izbjeći primjenu danskih propisa o minimalnom temeljnom kapitalu.

Sud EZ odlučio je da je odbijanje registracije bilo protivno člancima 43. i 48. Ugovora o EZ. Prema tumačenju Suda, ovdje se nije radilo o prijevornom zaobilazanju prava, već o legitimnom ostvarivanju slobode poslovnog nastana.¹⁵

Kako dansko međunarodno privatno pravo prihvaća teoriju osnivanja, Sud nije raspravljao o tome da li bi se u državama koje prihvaćaju teoriju stvarnog sjedišta registracija podružnice mogla odbiti na temelju primjene domaćeg prava kao prava stvarnog sjedišta. Stoga je nakon presude *Centros* u literaturi uslijedila vrlo burna rasprava o tome ima li presuda *Centros* ikakvog utjecaja na države članice koje primjenjuju teoriju stvarnog sjedišta, osobito u svjetlu činjenice da je u predmetu *Daily Mail* utvrdio da primjena poveznice stvarnog sjedišta nije protivna slobodi poslovnog nastana.¹⁶

¹⁵ Odluka *Centros*, paragraf 27.

¹⁶ U prilog tumačenju da se primjenom teorije stvarnog sjedišta ne može odbiti registracija podružnice društva osnovanog u inozemstvu P. Behrens, *Das Internationale Gesellschaftsrecht nach dem Centros-Urteil des EuGH*, IPRax (2000), str. 325; J. C. Cascante, *Niederlassungsfreiheit contra Sitztheorie - Goodbye Daily Mail*, RIW 6 (1999), 451; R. Freitag, *Der Wettbewerb der Rechtsordnungen im Internationalen Gesellschaftsrecht*, EuZW 9 (1999), str. 268; S. Grundmann, *Binnenmarktkollisionsrecht - vom klassischen IPR zur Integrationsordnung*, 64 (2000), str. 461; H. W. Neye, *EwIR* 1 (1999), 259-260; W. Meilicke, *DB* 12 (1999), 627-628; S. Stieb, *Sitz- oder Gründungstheorie: Der Gesetzgeber muss endlich Farbe bekennen!*, GmbHR (1999), R 257; E. Werlauff, *Using a Foreign Company for Domestic Activities*, EBLR (1999), 312; G. H. Roth, *Gründungstheorie: Ist der Damm gebrochen?*, 20 ZIP 21 (1999), 862-863; R. Streinz, *Zweigniederlassung als Hauptsitz*, JuS 8 (1999), 812; u domaćoj literaturi D. Babić / S. Petrović, *Priznanje stranih trgovačkih društava u Europskoj uniji nakon presude Suda EZ u predmetu Centros*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu (2002), str. 349-384; V. Bouček, *Osobni statut trgovačkog društva u europskom međunarodnom privatnom pravu*, Hrvatska pravna revija (2005), str. 85. Za suprotno tumačenje vidi H. Bungert, *Konsequenzen der Centros-Entscheidung des EuGH für die Sitzanknüpfung des deutschen internationalen Gesellschaftsrechts*, *DB* 36 (1999), 1842; W. F. Ebke, *Centros - Some Realities and Some Mysteries*, *American Journal of Comparative Law* (2000), str. 623; W. F. Ebke, *Das Schicksal der Sitztheorie nach dem Centros-Urteil des EuGH*, *JZ* 13 (1999), 660; E. M. Kieninger, *Niederlassungsfreiheit als Rechtswahlfreiheit*, *ZGR* 5 (1999), 732; P. Kindler, *Niederlassungsfreiheit für Scheinauslandsgesellschaften?*, *NJW* 28 (1999), 1996-1997; A. Looijestijn-Clearie, *Centros Ltd. - A Complete U-turn in the Right of Establishment for Companies*, 49 *ICLQ* (2000), 636; W. H. Roth, *Centros: Viel Lärm um nichts?*, 29 *ZGR* 2 (2000), 326-327; W. H. Roth, 37 *CMLR* 1 (2000), 152;

Dileme oko sukladnosti teorije stvarnog sjedišta sa slobodom poslovnog nastana otklonjene su presudom *Überseering*.¹⁷ U tom predmetu nizozemsko trgovačko društvo *Überseering*, BV, steklo je neke nekretnine u Düsseldorfu u Njemačkoj te je sklopilo ugovor o izvođenju određenih građevinskih poslova na toj nekretnini s jednim njemačkim trgovačkim društvom. Između stranaka je došlo do spora oko izvedenih radova te je *Überseering* podnio protiv njemačkog izvođača tužbu za naknadu štete. U parničnom postupku, tuženik je prigovorio da je društvo *Überseering* izgubilo pravnu sposobnost. Naime, prije nego što je pokrenut parnični postupak, sve poslovne udjele u društvu preuzele su dvije fizičke osobe s prebivalištem u Düsseldorfu koje su postale i jedini članovi uprave društva, čime je stvarno sjedište društva premješteno u Njemačku. Prema teoriji stvarnog sjedišta, koja je prihvaćena u njemačkom međunarodnom privatnom pravu, za društvo je time postalo mjerodavno njemačko pravo. Kako društvo nije registrirano u Njemačkoj, ono bi prema njemačkom međunarodnom privatnom pravu izgubilo pravnu osobnost.

Sud EZ utvrdio je da bi odbijanje priznavanja pravne osobnosti pozivanjem na primjenu njemačkog prava društava kao prava stvarnog sjedišta društva bilo protivno slobodi poslovnog nastana. Prema tumačenju Suda, nepriznavanje pravne osobnosti društvu koje je registrirano prema pravu druge države članice značilo bi čistu negaciju prava poslovnog nastana ustanovljenog Ugovorom o EZ.¹⁸ Tijekom postupka, njemačka vlada upozorila je na okolnost da prema čl. 293. Ugovora kolizijska pravila o trgovačkim društvima tek trebaju biti harmonizirana na razini Zajednice. No Sud je međutim konstatirao da to što za sada ne postoje unificirana kolizijska pravila o trgovačkim društvima ne može ograničiti ostvarenje prava poslovnog nastana.¹⁹

Iz presude *Überseering* nedvosmisleno proizlazi da se teorija stvarnog sjedišta ne može koristiti kao sredstvo ograničavanja prava poslovnog nastana društvima koja su osnovana prema pravu druge države članice.²⁰ Time je onemogućeno

H.J. Sonnenberger / H. Grosserichter, *Konfliktlinien zwischen internationalem Gesellschaftsrecht und Niederlassungsfreiheit*, 45 RIW 10 (1999), 722; M. Timme / F. Hülk, *Das Ende der Sitztheorie im Internationalen Gesellschaftsrecht?*, JuS 11 (1999), 1058.

¹⁷ C-208/00 *Überseering BV v Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)* [2002] ECR I-09919

¹⁸ Odluka *Überseering*, paragraf 81.

¹⁹ Odluka *Überseering*, paragraf 60.

²⁰ Odluka je izazvala eksploziju komentara u literaturi, osobito njemačkoj. V. npr. P. Behrens, *Das Internationale Gesellschaftsrecht nach dem Überseering-Urteil des EuGH und*

ostvarenje temeljne svrhe te teorije - spriječiti zaobilaženje domaćeg prava društava. Kao što je Sud EZ nagovijestio u predmetu *Centros*, poslovanje putem trgovačkog društva osnovanog u drugoj državi članici legitimno je korištenje slobode poslovnog nastana, a ne prijevarno zaobilaženje domaćeg prava. Slijedom toga, države članice ne mogu, pozivajući se na svoju autonomiju u kolizijskopravnom uređenju trgovačkih društava, nametati primjenu domaćeg prava na društva osnovana u drugoj državi članici.

Valja imati na umu da Sud nije teoriju stvarnog sjedišta kao takvu proglasio nespojivom s Ugovorom o EZ. Sve do eventualne unifikacije na razini Zajednice prema odredbi čl. 293, kolizijska pravila o trgovačkim društvima stvar su unutrašnjeg prava država članica. Odluka *Überseering* pokazuje samo to da teorija stvarnog sjedišta ne može biti sredstvo ograničavanja slobode poslovnog nastana društvima osnovanima prema pravu drugih država članica. Dosadašnja judikatura Suda ne brani državama članicama da teoriju stvarnog sjedišta pri-

den Schlussanträgen zu Inspire Art, IPRax (2003), str. 193; W. F. Ebke, Die Würfel sind gefallen: Die Sanktionen der Sitztheorie sind europarechtswidrig!, BB (2003), 1, str. 1; Eidenmüller, op. cit. bilj. 3, str. 2233; U. Forsthoff, Internationales Gesellschaftsrecht im Umbruch, DB (2003), str. 979; B. Großfeld, RIW (2002), 12, str. 1; W. Haarmann, Die Überseering-Entscheidung - ein Anstoß zur Entrümpelung und Flexibilisierung des deutschen Gesellschaftsrechts?, BB (2003), 16, str. 1; C. Hack, Die Sitztheorie nach dem EuGH-Urteil Überseering, GesRZ (2003), str. 29; H. Halbhuber, Das Ende der Sitztheorie als Kompetenztheorie, ZEuP (2003), str. 418; S. Leible / J. Hoffmann, *Überseering* und das (vermeintliche) Ende der Sitztheorie, RIW (2002), str. 925; M. Lutter, *Überseering* und die Folgen, BB (2003), str. 7; W. Meilicke, Die Niederlassungsfreiheit nach *Überseering*, GmbHHR (2003), str. 793; H. Merkt, Die Gründungstheorie gewinnt an Einfluß, RIW (2003), str. 458; H-W. Micklitz, *Überseering* - die geschenkte Chance, EWS (2002), 12, str. 1; W. G. Paefgen, Auslandsgesellschaften und Durchsetzung deutscher Schutzinteressen nach *Überseering*, DB (2003), str. 487; W-H. Roth, Internationales Gesellschaftsrecht nach *Überseering*, IPRax (2003), str. 117; M. Schulz / P. Sester, Höchstrichterliche Harmonisierung der Kollisionsregeln im europäischen Gesellschaftsrecht: Durchbruch der Gründungstheorie nach *Überseering*, EWS (2002), str. 545; E. Schanze / A. Jüttner, Anerkennung und Kontrolle ausländischer Gesellschaften - Rechtslage und Perspektiven nach der *Überseering*-Entscheidung des EuGH, AG (2003), str. 30; S. Stieb, GmbHHR (2002), R 473; M. P. Straube / T. Ratka, Nach "Centros" und "Überseering" folgt nun "Inspire Art": Nationales Gesellschaftsrecht (fast) chancenlos?, GeS 2003, str. 148; V. Triebel, Nach *Überseering* (und demnächst Inspire Art): Verdrängen die englische Ltd. und PLC die deutsche GmbH und AG?, BB (2003), 36, str. 1; M-P. Weller, IPRax (2003), str. 207; D. Zimmer, Wie es Euch gefällt? Offene Fragen nach dem *Überseering*-Urteil des EuGH, BB (2003), str. 1.

mjenjuju na društva osnovana po domaćem pravu.²¹ Npr. Njemačka primjenom teorije stvarnog sjedišta može odbiti priznati pravnu sposobnost društvu koje je osnovano u Njemačkoj, ali je stvarno sjedište prenijelo u drugu državu članicu. To proizlazi iz odluke Suda u predmetu *Daily Mail* prema kojoj je trgovačko društvo tvorevina nacionalnog prava te samo to pravo uređuje pretpostavke njegova postanka, djelovanja i prestanka, pa time i učinke prijenosa stvarnog sjedišta u inozemstvo. No, kako se teorija stvarnog sjedišta ne može koristiti kao sredstvo nametanja primjene domaćeg prava društava, što je njezin glavni *ratio*, judikatura Suda jak je poticaj državama članicama da prihvate teoriju osnivanja.²²

Dakako, države članice slobodne su primjenjivati pravo stvarnog sjedišta na društva koja ne ispunjavaju kriterije iz čl. 48. Ugovora o EZ, tj. koja nisu osnovana u nekoj državi članici ili nemaju stvarno sjedište u nekoj državi članici.

3.2. Zakoni o pseudostranim društvima

Neke države članice koje prihvaćaju teoriju osnivanja pokušale su ublažiti učinke zaobilaznja domaćeg prava donošenjem posebnih propisa o društvima koja su osnovana u inozemstvu, a isključivo ili pretežno posluju u tuzemstvu. Tako je npr. Nizozemska 1997. donijela Zakon o formalno stranim trgovačkim

²¹ Leible/Hoffmann, op. cit. u bilj. 20, str. 925; U. Forsthoff, EuGH fördert Vielfalt im Gesellschaftsrecht, DB (2002), str. 2474; C. Kersting, Rechtswahlfreiheit im Europäischen Gesellschaftsrecht, NZG (2003), str. 9; Lutter, op. cit. u bilj. 20, str. 10; W. G. Paefgen, Gezeitenwechsel im Gesellschaftskollisionsrecht, WM (2003), str. 564, 567; C. P. Schindler, *Überseering* und *Societas Europaea*: Vereinbar oder nicht vereinbar, das ist hier die Frage, RdW (2003), str. 123.

²² Manji broj autora zastupao je usko tumačenje presude *Überseering* prema kojemu ta presuda znači samo to da se društvu osnovanom u inozemstvu ne smije uskratiti pravna sposobnost, ali da se u pogledu drugih pitanja na nj može primijeniti pravo sjedišta. H. Großerichter, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Rechtsraum: Das deutsche Internationale Gesellschaftsrecht und seine Perspektiven nach der Entscheidung *Überseering*, DStR 2003, 159, 166; P. Kindler, Auf dem Weg zur Europäischen Briefkastengesellschaft?, NJW (2003), 1077 et seq.; W.-H. Roth, From Centros to *Überseering*: Free Movement of Companies, Private International Law and Community Law, ICLQ (2003), str. 207 et seq. Nakon presude *Inspire Art*, postalo je nedvojbeno da je to tumačenje neosnovano te da se na društvo osnovano u drugoj državi članici ne može primjenjivati pravo stvarnog sjedišta (v. *infra*).

društvima²³ prema kojemu društva koja su strana “samo” po tome što su osnovana u inozemstvu mogu osnovati podružnice u Nizozemskoj, ali te podružnice moraju udovoljavati određenim pravilima koja su istovjetna pravilima nizozemskog prava društava (npr. pravilima o minimalnom temeljnom kapitalu, odgovornosti direktora, obavještanju i sl.). Takvim zakonima stranom se društvu ne osporava pravna osobnost niti to da je za njega načelno mjerodavno pravo njegova osnivanja, već se samo iznimno propisuju neke dodatne pretpostavke u svrhu sprečavanja izbjegavanja nekih propisa domaćeg prava društava. U terminologiji međunarodnog privatnog prava riječ je o tzv. pravilima neposredne primjene (njem. *Eingriffsnormen*; fran. *règles de l'application immédiate*).

U odluci *Inspire Art* iz 2003.²⁴ Sud EZ utvrdio je da takva pravila ograničavaju ostvarivanje slobode poslovnog nastana te da su stoga protivna Ugovoru o EZ. Slijedom toga, države članice ne mogu ni tim putem spriječiti zaobilaženje domaćeg prava osnivanjem trgovačkih društava u drugoj državi članici.²⁵

4. NAKNADNI IZBOR MJERODAVNOG PRAVA DRUŠTAVA

Da bi mobilnost trgovačkih društava bila potpuna, slobodan izbor prava društava mora biti omogućen i nakon što je društvo osnovano. Naknadni izbor države registracije može se postići na dva načina: neposredno, prijenosom registriranog sjedišta iz jedne države članice u drugu, pri čemu društvo zadržava pravnu sposobnost, te posredno, pripajanjem odnosno spajanjem društva osnovanog u jednoj državi članici u društvo osnovano u drugoj državi članici (reinkorporacija). Najprije ćemo razmotriti prekogranična pripajanja i spajanja, jer je stanje prava EZ u tom pogledu jasnije nego kod prijenosa registriranog sjedišta.

²³ *Wet op de Formeel Buitenlandse Vennootschappen*, Staatsblad 1997, br. 697.

²⁴ C-167/01 *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam v Inspire Art Ltd.* [2003] ECR I-10155

²⁵ Više o odluci *Inspire Art* H. Hirte, Wettbewerb der Rechtsordnungen nach *Inspire Art*: Auch das Beurkundungserfordernis für GmbH-Anteilsübertragungen steht zur Disposition, GmbHR 2003, R 421; J. Kleinert & P. Probst, Endgültiges Aus für Sonderanknüpfungen bei (Schein-)Auslandsgesellschaften, DB (2003), str. 2217; T. Wachter, Errichtung, Publizität, Haftung und Insolvenz ausländischer Kapitalgesellschaften nach *Inspire Art*, GmbHR (2003), str. 1254; M-P. Weller, *Inspire Art*: Weitergehende Freiheiten beim Einsatz ausländischer Briefkastengesellschaften, DStR 2003, str. 1800.

4.1. Prekogranična pripajanja i spajanja

Sud EZ u najnovijoj je praksi imao prilike odlučiti o tome u kojoj mjeri pravo poslovnog nastana jamči trgovačkim društvima mogućnost spajanja i pripajanja s društvima iz drugih država članica. U predmetu *SEVIC* iz 2005.²⁶ njemački su sudovi odbili prijavu upisa pripajanja luksemburškog društva *Security Vision Concept S.A.* njemačkom društvu *SEVIC*, jer njemačko pravo ne poznaje spajanje i pripajanje njemačkih društava stranim društvima. Sud je utvrdio da je, time što dopušta spajanje i pripajanje domaćih društava međusobno, a ne i spajanje i pripajanje domaćih i stranih društava, Njemačka počinila povredu odredaba Ugovora o EZ o pravu poslovnog nastana.

U predmetu *SEVIC* Sud je odlučivao o tome krši li država članica odredbe Ugovora o EZ o slobodi poslovnog nastana time što onemogućuje pripajanje stranog društva domaćemu. Radilo se dakle o pripajanju "prema unutra" (njem. *Hineinverschmelzung*, eng. *inbound merger*). Nije se izričito postavilo pitanje mogu li prema Ugovoru o EZ države članice onemogućiti pripajanja domaćih društava stranim, tj. pripajanja "prema van" (njem. *Hinausverschmelzung*, eng. *outbound merger*). Ranija praksa Suda govorila bi u prilog tomu da zabrana pripajanja prema van ne bi bila protivna primarnom pravu EZ. U već spomenutoj odluci *Daily Mail* Sud EZ utvrdio je da se iz odredaba o pravu poslovnog nastana ne može izvesti pravo društva da premjesti sjedište uprave u drugu državu članicu ako to ne dopušta pravo koje je za društvo mjerodavno. Ovaj zaključak Sud je izveo odatle što su trgovačka društva tvorevine nacionalnog prava tako da njihovo osnivanje, poslovanje i prestanak uređuje isključivo *lex societatis*.²⁷ Kako se pripajanjem društvu osnovanom u drugoj državi članici postiže učinak vrlo sličan prijenosu registriranog sjedišta, presuda *Daily Mail* govorila bi u prilog tomu da Ugovor o EZ ne ograničava pravo država članica da uređuju pripajanje prema van. S druge strane, mišljenje nezavisnog odvjetnika Tizzana, s kojim se Sud u pogledu konačnog ishoda složio, upućuje na zaključak da bi ograničenja pripajanja prema van također bila nespojiva sa slobodom poslovnog nastana.²⁸

²⁶ C-411/03, *SEVIC Systems AG*, 13. prosinca 2005.

²⁷ C-81/87 R. v. *H. M. Treasury et al., ex parte Daily Mail and General Trust PLC* [1988] ECR 5483, paragraf 19.

²⁸ Prema *Tizzanu*, iz prakse Suda proizlazi da čl. 43. Ugovora ne zabranjuje samo ograničenja u pogledu zasnivanja poslovnog nastana stranim subjektima u tuzemstvu, već i ograničenja koja se propisuju u pogledu prava domaćih subjekata da osnuju poslovni nastan u drugoj državi (paragraf 45. mišljenja). Nezavisni odvjetnik pritom citira praksu

Sud u obrazloženju odluke *SEVIC* nije razmatrao ograničenja u pogledu pripajanja prema van, no vrlo široko tumačenje prava poslovnog nastana koje Sud slijedi u toj odluci te uopće u novijoj praksi o čl. 43. Ugovora upućuje na to da ni zabrane pripajanja prema vani nisu dopuštene.²⁹ Čini se dakle da, prema tumačenju Suda, Ugovor o EZ ne dopušta državama članicama da u cijelosti onemoguće pripajanja i spajanja, bez obzira na to je li riječ o pripajanju ili spajanju stranih društava u domaće ili obratno.

Primarno pravo EZ dakako ne uređuje pretpostavke, postupak i učinke prekograničnog pripajanja i spajanja. Da bi se te statusne promjene mogle učinkovito provoditi, potrebno je njihovo cjelovito pravno uređenje. Kako prava većine država članica ne poznaju spajanja i pripajanja društava s društvima osnovanima po stranom pravu,³⁰ zakonsko uređenje tog instituta uglavnom tek treba očekivati. U tom pogledu sekundarno pravo Zajednice ima iznimno važnu ulogu. Nakon dugogodišnjih pregovora, Europski parlament i Vijeće

o poslovnom nastanu fizičkih osoba (C-251/98 Baars [2000] ECR I-2787, paragraf 28; C-9/02 Hughes de Lasteyrie du Saillant [2004] ECR I-2409 paragraf 42) bez citiranja odluke *Daily Mail* prema kojoj se to načelo ne primjenjuje na trgovačka društva. U odgovoru na prigovor njemačke vlade da se iz prava poslovnog nastana ne može izvesti pravo društva da bude pripojeno društvu iz druge države članice, zato što društva pripajanjem gube pravnu sposobnost (paragraf 22 mišljenja nezavisnog odvjetnika), Tizzano napominje da sve dok pripajanje nije okončano, pripojeno društvo ima pravnu osobnost i u potpunosti je sposobno sklopiti ugovor o pridruživanju (paragraf 26 mišljenja).

²⁹ U prilog tomu da se dispozitiv iz predmeta *SEVIC* primjenjuje i na pripajanja prema van M. Siems, *SEVIC: Der letzte Mosaikstein im Internationalen Gesellschaftsrecht der EU?*, *EuZW* (2006) str. 138. V. Geyrhalter, /T. Weber, *Transnationale Verschmelzungen - im Spannungsfeld zwischen SEVIC System und der Verschmelzungsrichtlinie*, *DStR* 2006, str. 150; T. Drygala, *Zur Bewegungsfreiheit deutscher Unternehmen in Europa*, *ZIP* (2005), str. 1995; H. Bungert, *Grenzüberschreitende Verschmelzungsmobilität - Anmerkung zur SEVIC-Entscheidung des EuGH*, *BB* (2005), str. 53; S. Kappes, *Zulässigkeit grenzüberschreitender Verschmelzungen*, *NZG* (2006), str. 101-103; C. Schmidt / S. Maul, *BB* (2006), str. 13-14. Za suprotno mišljenje v. U. Forsthoff, *Internationale Verschmelzungsrichtlinie: Verhältnis zur Niederlassungsfreiheit und Vorwirkung: Handlungszwang für Mitbestimmungsreform*, *DStR* 2006, str. 617.

³⁰ Npr. njemački propisi o pripajanju i spajanju trgovačkih društava primjenjuju se samo na pravne subjekte koji imaju sjedište u Njemačkoj (v. §1(1), I *Umwandlungsgesetz*, *BGBI* I 1994, 3210, (1995, 428). Za poredbenopravni prikaz prekograničnih spajanja i pripajanja u državama članicama EU. v. J. C. Dammann, *The U.S. Concept of Granting Corporations Free Choice among State Corporate Law Regimes as a Model for the European Community* (www.ssrn.com).

usvojili su Desetu direktivu o pravu društava koja uređuje prekogranična pripajanja i spajanja društava kapitala.³¹ Za razliku od Treće direktive o pravu društava, koja uređuje pripajanja i spajanja između društava za koja je mjerodavno isto pravo, a koja se primjenjuje samo na dionička društva, Deseta direktiva primjenjuje se na sva društva kapitala (čl. 1. i čl. 2. st. 1). Direktiva uređuje čitav niz pitanja vezanih uz postupak, učinke i valjanost pripajanja i spajanja. U pogledu pitanja koja nisu riješena direktivom, za svako društvo koje sudjeluje u pripajanju odnosno spajanju primjenjuju se pretpostavke u pogledu odlučivanja o pripajanju odnosno spajanju, zaštiti vjerovnika, dioničara i zaposlenika, koje propisuje pravo koje je mjerodavno za to društvo (čl. 4). Države članice tu direktivu trebaju implementirati do 15. prosinca 2007. (čl. 19. st. 1).³² Zahvaljujući odluci *SEVIC*, države članice ne mogu odbiti registraciju prekograničnog pripajanja odnosno spajanja na temelju toga što još nisu implementirale direktivu. Do implementacije direktive sudovi će morati bez zakonskog okvira registrirati takva pripajanja i spajanja, najvjerojatnije tako što

³¹ Direktiva 2005/56/EZ od 26. listopada 2005. o prekograničnim pripajanjima i spajanjima društava kapitala (Sl. list EU L 310/1 od 25. studenoga 2005).

³² Više o Direktivi 2005/56/EZ, W. Bayer / J. Schmidt, Die neue Richtlinie über die grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, NJW (2006), str. 401-406; F. Drinhausen / A. Keintath, Grenzüberschreitende Verschmelzungen inländischer Gesellschaften nach Erlass der Richtlinie zur grenzüberschreitenden Verschmelzungen von Kapitalgesellschaften in Europa, RIW (2006), str. 81-87; M. Frischhut, Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften - ein Überblick über die Zehnte gesellschaftsrechtliche Richtlinie, EWS (2006), str. 55-60; U. Grohmann, / N. Guschinske, Grenzüberschreitende Mobilität von Kapitalgesellschaften in Europa - Die Richtlinie zur grenzüberschreitenden Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, GmbHR (2006), str. 191-194; B. Nagel, Die Richtlinie zur grenzüberschreitenden Verschmelzung, NZG (2006), str. 97-101; H.-W. Neye, Die neue Richtlinie zur grenzüberschreitenden Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, ZIP (2005), str. 1893-1898; H.-W. Neye / B. Timm, Die geplante Umsetzung der Richtlinie zur grenzüberschreitenden Verschmelzung von Kapitalgesellschaften im Umwandlungsgesetz, DB (2006), str. 488-493; J. Oechsler, Die Richtlinie 2005/56/EG über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedsstaaten, NZG (2006), str. 161-166; S. Pluskat, Der neue Entwurf für eine geplante europäische Verschmelzungsrichtlinie - Transnationale Fusionen in Europa damit in greifbare Nähe gerückt? EWS (2004), str. 1-8; K. Riesenhuber, Die Verschmelzungsrichtlinie - Basisrechtsakt für ein Europäisches Recht der Strukturmaßnahmen, NZG (2004), str. 15-22; T. Wachter, Zur grenzüberschreitenden Verschmelzung, EWIR (2005), str. 581-582; P. Wiesner, Die grenzüberschreitende Verschmelzung und der neue Mitbestimmungskompromiss, DB (2005), str. 91-94.

će za svako društvo koje sudjeluje u pripajanju odnosno spajanju primijeniti pravo koje je za nj mjerodavno.

Valja napomenuti da je mogućnost prekograničnog pripajanja odnosno spajanja predviđena i Uredbom Vijeća (EC) 2157/2001 od 8. listopada 2001. o statutu europskog društva (*societas europaea*).³³ Prema toj uredbi, dionička društva koja su osnovana prema pravu neke države članice, koja imaju registrirano sjedište i sjedište uprave na području Zajednice, mogu međusobnim spajanjem odnosno pripajanjem osnovati *societas europaea* ako je za barem dva od tih društava mjerodavno pravo različitih država članica (čl. 2(1), čl. 17. et seq. Uredbe).

4.2. Prijenos registriranog sjedišta u drugu državu članicu

Promjena države registracije može se postići i prijenosom registriranog sjedišta iz jedne u drugu državu članicu bez gubitka pravne sposobnosti. Iz perspektive primarnog prava EZ, kod prijenosa registriranog sjedišta treba razlikovati ograničenja koja države članice propisuju domaćim društvima u pogledu prijenosa registriranog sjedišta u inozemstvo ("emigracija") te u pogledu prijenosa registriranog sjedišta iz druge države članice u tuzemstvo ("imigracija").

Prema odluci *Daily Mail*, država članica može ograničiti prijenos sjedišta uprave trgovačkog društva osnovanog prema pravu te države u drugu državu članicu.³⁴ Nema dvojbe da to tumačenje *a fortiori* vrijedi za prijenos registriranog sjedišta.³⁵ Tumačenje iz predmeta *Daily Mail* sukladno je shvaćanju da pravo poslovnog nastana nameće državama članicama obvezu da priznaju učinke prava drugih država članica (načelo međusobnog priznanja), ali ne zadire u njihovo pravo da uređuju vlastito pravo društava. Iz toga slijedi da društvo može svoje registrirano ili stvarno sjedište prenijeti u drugu državu članicu samo ako to dopušta pravo koje je za nj mjerodavno.³⁶

³³ Sl. list EU L 294, 10. studenoga 2001., str. 1; Sl. list EU L 168, 1. svibnja 2004., str. 1.

³⁴ C-81/87 R. v. *H. M. Treasury et al., ex parte Daily Mail and General Trust PLC* [1988] ECR 5483.

³⁵ U tom smislu i S. Leible, *Niederlassungsfreiheit und Sitzverlegungsrichtlinie*, ZGR (2004), str. 536.

³⁶ Wymeersch, *The Transfer of the Company's Seat in European Company Law*, ECGI Law Working Paper 8/2003, www.ssrn.com, str. 17-18; S. Leible, *Niederlassungsfreiheit und*

Buduća praksa pokazat će može li se tumačenje iz predmeta *Daily Mail* pomiriti s novijom praksom Suda o pravu poslovnog nastana. Kao što smo već spomenuli, prema većinskom stajalištu izraženom u doktrini, odluka Suda u predmetu *SEVIC* upućuje na to da prema Ugovoru države članice ne mogu zabraniti ne samo pripajanja prema unutra nego ni prema van. Ako se promjena *lex societatis* može postići reinkorporacijom u drugoj državi članici (pripajanjem društvu osnovanom u drugoj državi članici radi promjene registriranog sjedišta), nema razloga da se dopusti zabrana neposredne promjene mjerodavnog prava prijenosom registriranog sjedišta. Različito uređenje prijenosa sjedišta i pripajanja u primarnom pravu EZ neki autori opravdavaju time što se kod pripajanja pojavljuje drugi subjekt, strano društvo preuzimatelj, koji pripajanjem stječe sekundarni poslovni nastan u državi gdje pripojeno društvo ima sjedište (u pravilu osnivanjem podružnice).³⁷ No, ako se pripajanje provodi samo radi promjene mjerodavnog prava, taj strani subjekt u pravilu je društvo koje nema samo po sebi svrhu. Pravi ovlaštenik slobode poslovnog nastana jest pripojeno društvo. Pravnopolitički, nema nikakvog opravdanja da pravo EZ zabranjuje ograničenja u pogledu reinkorporacije prema van, ali dopušta državama članicama da ograničavaju emigraciju prijenosom registriranog sjedišta. U predmetu *SEVIC*, Sud je svoju odluku obrazložio između ostalog time što su pripajanja odnosno spajanja učinkovito sredstvo restrukturiranja trgovačkih društava koja im omogućuju da bez prekida obavljaju svoju djelatnost u novom obliku, čime se smanjuju komplikacije, vrijeme i troškovi koji bi bili potrebni kad bi se to učinilo likvidacijom i osnivanjem novog društva.³⁸ Sve to vrijedi i za prijenos registriranog sjedišta. Ako je sloboda poslovnog nastana *enabling law*, pravna norma koja treba omogućiti poslovnim subjektima što učinkovitije poslovanje, tada nema razloga ne dopustiti i prijenos registriranog sjedišta.

Sitzverlegungsrichtlinie, 33 ZGR (2004), str. 536. Neki autori smatraju da su nacionalna ograničenja u pogledu "emigracije" društava nespojiva s duhom novije judikature Suda (*Centros*, *Überseering*, *Inspire Art*) te da treba očekivati da će prvom prilikom Sud odustati od odluke *Daily Mail* i utvrditi da pravo poslovnog nastana jamči i pravo na prijenos registriranog sjedišta. D. Zimmer, *Wie es Euch gefällt? Offene Fragen nach dem Überseering-Urteil des EuGH*, BB (2003); T. H. Tröger, *Choice of Jurisdiction in European Corporate Law: Perspectives of European Corporate Governance*, *European Business Organisations Law Review* (2005), str. 2.

³⁷ Siems, op. cit. u bilj. 29, str. 139-140; Dyrkala, op. cit. u bilj. 29, str. 1997-1998 ; Geyrhalter / Weber, op. cit. u bilj. 29, str. 150.

³⁸ Odluka *SEVIC*, paragraf 21.

Treba se zato nadati da će Sud u budućoj praksi odustati od tumačenja prema kojemu države članice mogu zabraniti emigraciju trgovačkih društava u druge države članice.

Sud još nije odlučivao o tome dopušta li primarno pravo državama članicama da ograniče "imigraciju" društava iz drugih država članica prijenosom registriranog sjedišta. Smatramo da iz postojeće prakse slijedi da takve restrikcije nisu spojive sa slobodom poslovnog nastana. Ako se i prihvati da je sadržaj slobode poslovnog nastana u pogledu trgovačkih društava ograničen na načelo međusobnog priznanja, onemogućivanjem prijenosa registriranog sjedišta u tuzemstvo upravo se krši to načelo. Logikom koju je Sud usvojio u predmetu *SEVIC* bilo bi protivno zabrani diskriminacije, sadržanoj u odredbama Ugovora o EZ o pravu poslovnog nastana, ne dopustiti stranom društvu da prenese registrirano sjedište u tuzemstvo, ako je to dopušteno domaćim društvima. Prema tumačenju Suda, pravo poslovnog nastana "obuhvaća sve mjere koje dopuštaju ili čak samo olakšavaju pristup drugoj državi članici time što omogućuju da nositelji tog prava sudjeluju u njezinom gospodarskom životu pod istim pretpostavkama kao i domaći gospodarski subjekti."³⁹ Među takve mjere sigurno spada i registracija sjedišta društva. Dakle, bilo bi protivno Ugovoru o EZ u cijelosti onemogućiti stranom društvu da u tuzemstvo prenese registrirano sjedište.

No, pravo trgovačkog društva da prenese registrirano sjedište iz jedne države članice u drugu, u mjeri u kojoj je priznato primarnim pravom EZ, nije dovoljno da bi trgovačka društva mogla učinkovito primjenjivati taj institut. Slično kao kod prekograničnog pripajanja i spajanja, potrebno je zakonsko uređenje pretpostavki, postupka, učinaka i valjanosti prijenosa. Većina prava država članica ne dopušta prijenos registriranog sjedišta društva bez prijenosa sjedišta uprave ili barem u tom pogledu nameće značajna ograničenja.⁴⁰ Ugovor o EZ propisuje da će, u mjeri u kojoj je to potrebno, države članice pregovarati, između ostalog, o ujednačavanju pravila prema kojima bi trgovačka društva zadržavala pravnu osobnost pri prijenosu sjedišta iz jedne države u drugu (čl. 293. Ugovora), no

³⁹ Odluka *SEVIC*, paragraf 18.

⁴⁰ Wymeersch, op. cit. u bilj. 36. J. C. Dammann, The U.S. Concept of Granting Corporations Free Choice among State Corporate Law Regimes as a Model for the European Community (www.ssrn.com), str. 19-20. Među rijetke iznimke spada nizozemski Zakon o sukobu zakona u pravu trgovačkih društava (*Wet conflictenrecht corporaties*) od 17. prosinca 1997., koji dopušta prijenos registriranog sjedišta ako to dopušta i država u koju se odnosno iz koje se sjedište prenosi (čl. 4.). Wymeersch, op. cit. u bilj. 36, str. 8.

takva pravila za sada nisu usvojena. Prijenos registriranog sjedišta iz jedne države članice u drugu trebao bi biti uređen Četrnaestom direktivom o pravu društava o prekograničnom prijenosu registriranog sjedišta društava kapitala.⁴¹ Zadnji nacrt te direktive iz 1999. uvjetuje prijenos registriranog sjedišta mijenjanjem sjedišta uprave društva,⁴² što ne bi dovoljno osiguralo mobilnost trgovačkih društava.⁴³ Sudbina te direktive za sada je neizvjesna.

Prijenos registriranog sjedišta sekundarno pravo EZ za sada uređuje samo kod *societas europaea*. Pod određenim pretpostavkama koje su propisane radi zaštite manjinskih dioničara, vjerovnika i drugih osoba, to društvo može promijeniti registrirano sjedište (čl. 8. Uredbe o europskom društvu). No, države članice mogu propisati da registrirano sjedište europskog društva mora biti istovjetno sjedištu uprave (čl. 7) te kao sankciju za povredu tog pravila propisati obveznu likvidaciju društva (čl. 64. st. 2. Uredbe), što znatno smanjuje atraktivnost prijenosa registriranog sjedišta. Sličnu odredbu sadržava i Uredba Vijeća 2137/85 iz srpnja 1985. o europskom gospodarskom interesnom udruženju (čl. 2(1), 5(b)).⁴⁴

GRANICE SLOBODE IZBORA MJERODAVNOG PRAVA DRUŠTAVA

Tržišne slobode propisane Ugovorom o EZ ne primjenjuju se beziznimno. Države članice mogu donositi mjere kojima se neka tržišna sloboda ograničava ako je to nužno radi zaštite nekog legitimnog javnog interesa. Postoje dvije kategorije iznimaka tržišnim slobodama: one koje su izričito propisane Ugovorom i one koje su usvojene u judikaturi Suda EZ.

⁴¹ Vidi memorandum Komisije upućen Vijeću i Parlamentu, *Modernising Company Law and Enhancing Corporate Governance in the European Union - A Plan to Move Forward*, COM(03)284 final, str. 20.

⁴² Ibid.

⁴³ Tröger, op. cit. u bilj. 36, str. 19; K. S. Sørensen & M. Neville, *Corporate Migration in the European Union: An Analysis of the Proposed Fourteenth EC Company Law Directive on the Transfer of the Registered Office of a Company from One Member State to Another with a Change of Applicable Law*, *Columbia Journal of European Law* (2000), str. 181.

⁴⁴ Sl. list EU, L 199, 31 srpnja 1985, str. 1-9. U literaturi je izraženo stajalište da su ta pravila protivna odredbama Ugovora o slobodi poslovnog nastana kako ih tumači Sud EZ. Vidi Wymeersch, op. cit. u bilj. 36, str. 33.

Kad je riječ o slobodi poslovnog nastana, prema odredbi čl. 46. Ugovora, odredbe Ugovora o slobodi poslovnog nastana ne dovode u pitanje primjenu pravnih propisa koji pružaju poseban tretman stranih državljana na temelju javnog poretka, sigurnosti ili zdravlja. Prema stajalištu Suda, te iznimke ne primjenjuju se na mjere kojima bi države članice pokušale ograničiti mobilnost trgovačkih društava.⁴⁵

Začetak tumačenja o široj sudskoj ocjeni sukladnosti pravila unutarnjeg prava s tržišnim slobodama nalazi se u praksi Suda o *rule of reason*, koja se u kontekstu slobode kretanja robe razvijala još od predmeta *Cassis de Dijon*.⁴⁶ U suvremenoj praksi uglavnom se polazi od tumačenja formuliranog u predmetu *Gebhard*⁴⁷ koje je dano u kontekstu slobode poslovnog nastana, ali se danas prihvaća kao mjerodavno za sve tržišne slobode.⁴⁸ U tom predmetu Sud je sažeo dotadašnju praksu utvrdivši da nacionalne mjere koje ograničavaju ili čine manje privlačnim korištenje temeljnih sloboda predviđenih Ugovorom moraju ispunjavati četiri pretpostavke: (a) moraju se primjenjivati bez diskriminacije; (b) moraju biti opravdane prisilnim razlozima općeg interesa; (c) moraju biti primjerene za ostvarenje cilja kojemu služe i (d) ne smiju ići iznad onoga što je nužno da bi taj cilj bio ostvaren (načelo proporcionalnosti ili razmjernosti).⁴⁹

Države članice mogu ograničiti slobodu izbora mjerodavnog prava društava ako ta ograničenja udovoljavaju spomenutim kriterijima. U predmetu *Überseering* Sud je izričito utvrdio da "nije nezamislivo da razlozi od općeg interesa, kao što su zaštita vjerovnika, manjinskih dioničara, radnika ili čak poreznih vlasti, u određenim okolnostima i podložno određenim uvjetima, opravdaju ograničenje slobode poslovnog nastana".⁵⁰

O tome koja se ograničenja slobode poslovnog nastana mogu opravdati odlučuje Sud EZ od slučaja do slučaja. Dosadašnja praksa pokazuje da države članice nemaju puno prostora ograničavati slobodu poslovnog nastana po toj osnovi.

Najzorniji primjer u tom pogledu jest praksa Suda EZ o pravilima o minimalnom temeljnom kapitalu. U predmetima *Centros* i *Inspire Art* Sud je imao prilike odlučivati o tome mogu li države članice nametnuti primjenu pravila o

⁴⁵ *Centros*, paragraf 34; *Inspire Art*, paragraf 131.

⁴⁶ C-120/78 *Rewe-Zentrale AG v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* [1979] ECR 649.

⁴⁷ C-55/94 *Gebhard* [1995] ECR I-4165

⁴⁸ M. Herdegen, *Europarecht* (München, 2002), str. 229.

⁴⁹ *Gebhard*, paragraf 37.

⁵⁰ Odluka *Überseering*, paragraf 92.

minimalnom temeljnom kapitalu pseudostranim društvima. U tim predmetima danska odnosno nizozemska vlada tvrdile su da su pravila o minimalnom temeljnom kapitalu predstavljaju opravdano ograničenje slobode poslovnog nastana jer su nužna radi zaštite vjerovnika.⁵¹ Sud je u oba slučaja utvrdio da su ta pravila neopravdano ograničenje slobode poslovnog nastana, doduše s ponešto različitom argumentacijom u svakom predmetu. U predmetu *Centros* Sud je smatrao presudnim to što bi društvo osnovano prema pravu koje ne propisuje minimalni temeljni kapital, a koje doista posluje u toj drugoj državi članici, moglo bez zapreke osnovati podružnicu i poslovati u Danskoj. Domaći propisi o minimalnom temeljnom kapitalu tada se ne bi primjenjivali unatoč rizicima za vjerovnike.⁵² U predmetu *Inspire Art* Sud je utvrdio da je time što se društvo *Inspire Art* predstavlja kao englesko, a ne kao nizozemsko društvo, vjerovnicima u dovoljnoj mjeri pružena informacija da se na nj ne primjenjuju pravila nizozemskog prava o minimalnom temeljnom kapitalu.⁵³

Oba navedena argumenta trpe određene prigovore. Prvo, ako bi Sud dosljedno slijedio argumentaciju iz slučaja *Centros* i u potpunosti izjednačivao pseudostrana društva i društva koja u stvarnosti posluju u drugoj državi članici, to bi značilo da države članice nemaju baš nikakve mogućnosti ograničiti slobodu poslovnog nastana čak ni kad bi to odgovaralo kriterijima iz predmeta *Gebhard*. Drugo, publikacija činjenice da je društvo osnovano prema stranom pravu omogućuje ugovornim vjerovnicima da procijene žele li preuzeti rizik poslovanja s društvom s obzirom na pravila o temeljnom kapitalu, no druge kategorije vjerovnika, kao što su vjerovnici po izvanugovornoj osnovi ili po osnovi javnopravnih ovlaštenja, ne mogu na taj način izbjeći rizik insolventnosti društva.⁵⁴

No, čini se da se iza obje odluke krije ocjena da minimalni temeljni kapital ne znači učinkovitu zaštitu vjerovnika, barem ne dovoljno da opravda ograničenje slobode poslovnog nastana.⁵⁵ U suvremenoj doktrini sve se više se

⁵¹ Ibid., paragraf 32.

⁵² Ibid., paragraf 35.

⁵³ Odluka *Inspire Art*, paragraf 135.

⁵⁴ U tom smislu Ch. Kersting / C. P. Schindler, *The ECJ's Inspire Art Decision of 30 September 2003 and its Effects on Practice*, *German Law Journal* 12 (2003), str. 1284. Eidenmüller, op. cit. u bilj. 3, str. 2236; C. P. Schindler, *Vor einem Ausführungsgesetz zur Europäischen Aktiengesellschaft*, *ecolex* 2003, 6, 26, str. 9 et seq.

⁵⁵ Sud se u odlukama *Centros* i *Inspire Art* nije izričito upuštao u razmatranje tog pitanja. U odluci *Inspire Ar*, Sud je utvrdio da nema potrebe dalje ispitivati ostvaruje li institut

zagovara stajalište da minimalni temeljni kapital zapravo ne štiti vjerovnike te da nepotrebno povećava troškove osnivanja i poslovanja društva. Minimalni temeljni kapital kritizira se posebno u kontekstu Druge direktive o pravu društava koja propisuje minimalni temeljni kapital za dionička društva, ali i u pogledu društava s ograničenom odgovornošću.⁵⁶

Dakle, Sud pravila o minimalnom temeljnom kapitalu nije smatrao dovoljno važnima da bi mogla biti prepreka slobodi pružanja usluga. Isto vrijedi i za neka pravila o odgovornosti uprave i o obavještavanju koja su bila nametnuta pseudostranim društvima prema nizozemskom pravu za koja je Sud tek lakonski konstatirao da ne udovoljavaju kriterijima učinkovitosti, razmjernosti i zabrani diskriminacije.⁵⁷

Sud EZ imat će kroz buduću praksu prilike utvrditi koje pravne vrijednosti države članice mogu nametnuti društvima osnovanima u drugoj državi članici i time odrediti donju granicu natjecanja zakonodavaca u području prava društava. Treba očekivati da će Sud iznimke slobodi poslovnog nastana tumačiti vrlo restriktivno.⁵⁸ Temeljno stajalište od kojega polazi Sud jest da zaobilaženje domaćeg prava osnivanjem društva u drugoj državi članici ne znači fraudulozno

minimalnog temeljnog kapitala doista zaštitu vjerovnika. Odluka *Inspire Art*, paragraf 135.

⁵⁶ P. O. Mülberr, A Synthetic View of Different Concepts of Creditor Protection, ECGI - Law Working Paper 60/2006, www.ssrn.com, str. 30; B. Grunewald / U. Noack, Zukunft des Kapitalerhaltungssystems der GmbH - Ein-Euro-GmbH in Deutschland, *GmbHHR* (2005) p. 189 et seq.; E. Ferran, The Place for Creditor Protection on the Agenda for Modernisation of Company Law in the European Union", ECGI - Law Working Paper 51/2005, www.ssrn.com; L. Enriques/J. R. Macey, Creditors Versus Capital Formation: The Case Against the European Legal Capital Rules, *Cornell Law Review* (2001), str. 1165; F. Kubler, A Comparative Approach to Capital Maintenance: Germany, *EBLR* (2004), str. 1031; J. Armour, Share Capital and Creditor Protection: Efficient Rules for a Modern Company Law, *Modern Law Review* (2000), str. 355; H. Merkt, Creditor Protection and Capital Maintenance from a German Perspective, *EBLR* (2004), str. 1045; L. Enriques, EC Company Law Directives and Regulations: How Trivial are They?, ECGI - Law Working Paper No. 39/2005. <http://ssrn.com/abstract=730388>; M. Miola, Legal Capital and Limited Liability Companies: the European Perspective, *European Company and Financial Law Review* (2004), str. 413; Mülberr / M. Birke, Legal Capital - Is There a Case against the European Legal Capital Rules?, *European Business Organization Law Review* (2002), str. 695; W. Schön, The Future of Legal Capital, *European Business Organization Law Review* (2004), str. 429.

⁵⁷ Odluka *Inspire Art*, paragraf 140.

⁵⁸ Leible / Hoffmann, op. cit. u bilj. 20, str. 929.

izbjegavanje prava, već legitimno ostvarenje prava poslovnog nastana. Formulacija u odluci *Überseering* da “nije nezamislivo”⁵⁹ da razloži od općeg interesa opravdaju nametanje nekih pravila domaćeg prava pseudostranim društvima upućuje na to da će Sud tek iznimno dopustiti državama članicama da tim društvima ograniče pravo poslovnog nastana.

Praksa Suda EZ vrlo će vjerojatno dovesti do preispitivanja mnogih instituta koje tržište prava društava ne prihvaća. Praksa Suda o pravilima o minimalnom temeljnom kapitalu pokazuje da u pitanje mogu biti dovedeni neki instituti koji u mnogim državama članicama imaju aksiomatsku vrijednost.

Može se očekivati da će se Sud u budućoj praksi suočiti s pitanjem može li se na temelju slobode poslovnog nastana izbjeći primjena radničkog suodlučivanja, politički najkontroverznijeg instituta prava društava u Europskoj uniji. Ako Sud utvrdi da pravila o radničkom suodlučivanju ne mogu biti prepreka slobodi poslovnog nastana, što mnogi autori očekuju,⁶⁰ pokazat će se da tumačenja Suda EZ o slobodi poslovnog nastana mogu imati korjenit utjecaj na materijalno pravo društava, svakako veći nego dosadašnja unifikacija putem sekundarnog prava Zajednice. Glavni grad europskog prava društava mogao bi u budućnosti biti Luxembourg, a ne Bruxelles.

⁵⁹ Odluka *Überseering*, paragraf 92.

⁶⁰ Prof. Theodor Baums, predsjednik Komisije za korporacijsko upravljanje koju je osnovala njemačka savezna vlada u intervjuu Frankfurter Allgemeine Zeitungu navodi da je nakon presude *Inspire Art* nedvojbeno da se osnivanjem društva u inozemstvu može izbjeći njemačko zakonodavstvo o radničkom suodlučivanju (FAZ, 1. listopada 2003., br. 228/2003, str. 13). Tako npr. i H. Hammen, *Zweigniederlassungsfreiheit europäische Gesellschaften und Mitbestimmung der Arbeitnehmer auf Unternehmensebene*, WM (1999), str. 2487; Kersting / Schindler, op. cit. bilj. 53, str. 1287; T. Müller-Bonanni, *Unternehmensmitbestimmung nach Überseering und Inspire Art*, GmbH (2003), str. 1235; H. Eidenmüller / G. H. Rehm, *Niederlassungsfreiheit versus Schutz: des inländischen Rechtsverkehrs: Konturen des Europäischen Internationalen Gesellschaftsrechts*, ZGR 2(2004), str. 184-185. Suprotno: J. C. Dammann, *The Future of Codetermination after Centros: Will German Corporate Law Move Closer to the U.S. Model*, Fordham J. Corp. & Fin. L., (2003), str. 607; C. C. von Halen, *Das internationale Gesellschaftsrecht nach dem Überseering-Urteil des EuGH*, WM (2003), str. 571; H. Großerichter, *Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Rechtsraum: Das deutsche Internationale Gesellschaftsrecht und seine Perspektiven nach der Entscheidung Überseering*, DStR (2003), str. 159.

ZAKLJUČAK

Iz dosadašnje prakse Suda EZ o slobodi poslovnog nastana proizlazi sljedeće:

1. Osnivači trgovačkih društava imaju pravo registrirati trgovačko društvo u bilo kojoj državi članici, bez obzira na to gdje će društvo imati stvarno sjedište. To pravo ne može se isključiti primjenom kolizijskih pravila prema kojima je za trgovačko društvo mjerodavno pravo stvarnog sjedišta niti zakonima o pseudostranim društvima.
2. Nakon osnivanja društva, promjena države članice registracije može se postići pripajanjem ili spajanjem društva u društvo osnovano po pravu druge države članice. Države članice moraju omogućiti pripajanje društava osnovanih u drugoj državi članici domaćim društvima (pripajanje prema unutra) te pripajanje domaćih društava društvima osnovanima u drugim državama članicama (pripajanje prema van).
3. Što se tiče promjene države registracije prijenosom registriranog sjedišta, prema dosadašnjoj praksi dopuštena su ograničenja u pogledu prijenosa registriranog sjedišta u drugu državu članicu (emigracija), ali ne i prijenosa iz druge države članice u tuzemstvo (imigracija). Treba se nadati da će Sud odustati od dosadašnje prakse u pogledu ograničenja emigracije te utvrditi da, slično kao kod prekograničnih spajanja i pripajanja, država članica ne može zabraniti domaćem društvu prijenos registriranog sjedišta u drugu državu članicu.
4. Sasvim iznimno, države članice mogu ograničiti slobodu izbora države članice registracije u slučajevima kad se to ograničenje može opravdati razlozima od općeg interesa. No iznimke slobodi izbora mjerodavnog prava Sud tumači vrlo strogo.

Dakle, pravo EZ u značajnoj mjeri omogućuje mobilnost odnosno slobodno kretanje trgovačkih društava iz jedne države članice u drugu. Time su uvelike ostvarene pravne pretpostavke za regulatorno natjecanje država članica u području prava društava. Dakako, to ne znači da će nužno do takvog natjecanja i doći. Kako na strani ponude tako i na strani potražnje, postoje određene stvarne prepreke razvoju tržišta prava društava. Vrijeme će pokazati hoće li države članice biti dovoljno motivirane da prilagođuju svoje pravo potrebama tržišta (poticaji na strani ponude) odnosno hoće li trgovačka društva biti dovoljno zainteresirana da mijenjaju državu registracije (poticaji na strani potražnje). No, bez obzira na to kolika će biti stvarna konkurencija između nacionalnih

zakonodavaca, mobilnost trgovačkih društava pridonijet će tome da se prava društava država članica Europske unije više neće moći razvijati u međusobnoj izolaciji.

Summary

Davor Babić*

FREEDOM OF MOVEMENT OF COMPANIES IN THE EUROPEAN UNION

In European company law, the idea of regulatory competition is increasingly being preferred to top-down unification. It is increasingly accepted that investors should be entitled to establish companies in any Member State regardless of the real seat of the company. Freedom to choose among the jurisdictions of all Member States should provide an incentive to lawmakers to design their laws in such a way that they are attractive to investors. Each Member State would thus offer its company law as a product on the single market. Such competition among lawmakers might lead to higher efficiency as well as a higher degree of convergence of company laws of the Member States than that achieved through high level political compromises. This paper analyses the regulatory requirements for the emergence of a market for company law in Europe, i.e. the issue whether the EC Treaty guarantees companies and their founders the right to choose the Member State of registration (corporate mobility or free movement of companies). The paper firstly addresses main features of the freedom of establishment which forms the legal basis for the freedom of choice of company law in primary EC law. The paper then analyses the freedom of choice at the moment of establishment and during the company's existence. Finally, the paper analyses the exceptions to the free choice of company law developed in the case law of the European Court of Justice. We conclude with the proposition that primary EC law does guarantee corporate mobility sufficiently to allow a creation of a European market for company law.

Key words: private international law, company law, EC law, regulatory competition, cross-border mergers, cross-border transfer of company seat

* Davor Babić, Ph. D., Assistant Professor, Faculty of Law, University of Zagreb, Trg maršala Tita 14, Zagreb

Zusammenfassung

Davor Babić*

DIE FREIZÜGIGKEIT DER HANDELSGESELLSCHAFTEN
IN DER EUROPÄISCHEN UNION

Im europäischen Gesellschaftsrecht trifft die Idee des Regulierungswettbewerbs anstelle der Unifizierung "von oben" auf immer mehr Befürworter. Nach dieser Auffassung sollte den Gründern von Handelsgesellschaften die Freiheit zuerkannt werden, in jedem beliebigen Mitgliedsstaat ungeachtet des tatsächlichen Geschäftssitzes Gesellschaften gründen zu können. Dies wäre eine Anregung für die Gesetzgeber, durch ihren rechtlichen Rahmen Anreize für die Investoren zu schaffen. Die Mitgliedsstaaten würden ihr Gesellschaftsrecht als Produkt auf dem europäischen Binnenmarkt anbieten. Der Wettbewerb zwischen den Gesetzgebern in der rechtlichen Regelung zu den Handelsgesellschaften könnte sich positiv auf die Effizienz auswirken und möglicherweise auch mehr Konvergenz im Gesellschaftsrecht herbeiführen, als dies enge politische Kompromisse vermögen. In dieser Arbeit wird untersucht, ob das Primärrecht der EG den Gründern beziehungsweise Gesellschaftern die Wahl lässt, in welchem Mitgliedsstaat sie die Gesellschaft eintragen lassen (Mobilität oder Freizügigkeit der Handelsgesellschaften). Zu diesem Zweck wird in groben Zügen die Niederlassungsfreiheit erörtert, die die Grundlage für die Wahl des maßgeblichen Gesellschaftsrechts im Primärrecht darstellt. Danach wird die Wahlfreiheit bezüglich des Gesellschaftsrechts zum Zeitpunkt der Gründung und während der Dauer der Gesellschaft geprüft. Als Nächstes wird untersucht, in welchem Umfang die Mitgliedsstaaten nach dem EG-Vertrag die Wahlfreiheit bezüglich des Gesellschaftsrechts einschränken dürfen. Am Ende der Arbeit steht die Schlussfolgerung, dass das EG-Primärrecht die Mobilität beziehungsweise Freizügigkeit der Handelsgesellschaften zwischen den Mitgliedsstaaten in erheblichem Maße fördert, wodurch die rechtlichen Voraussetzungen für einen Regulierungswettbewerb zwischen den Mitgliedsstaaten im Bereich des Gesellschaftsrechts überwiegend erfüllt sind.

Schlüsselwörter: Internationales Privatrecht, Gesellschaftsrecht, europäisches Recht, Regulierungswettbewerb, grenzüberschreitende Verschmelzung von Handelsgesellschaften im Wege der Aufnahme oder der Neugründung, grenzüberschreitende Verlegung des Gesellschaftssitzes

* Dr. Davor Babić, Dozent an der Juristischen Fakultät in Zagreb, Trg maršala Tita 14, Zagreb

