

ČEZMEJNI PRENOS SEDEŽA GOSPODARSKE DRUŽBE

Dr. sc. Saša Prelič, izvanredni profesor
Mag. Jerneja Prostor, asistentica
Pravni fakultet Sveučilišta u Mariboru
Slovenija

UDK: 351.712.2.043
Ur.: 14. ožujka 2016.
Pr.: 25. ožujka 2016.
Pretdno priopćenje

Povzetek

Z vidika privlačnosti poslovanja družb v določeni državi se te med seboj razlikujejo glede na stopnjo razvitosti pravne ureditve, predvsem s korporacijskega in davčnega področja, funkcionalnosti le-te v poslovnem okolju, kar vključuje stopnjo pravne varnosti in učinkovitosti sodnih ter upravnih postopkov in posledičen ugled države,¹ pomembne okoliščine so prisotnost usposobljenega kadra,² stopnja njegove inovativnosti in učinkovitosti, strošek dela, velikost trga, prav tako infrastrukturna ureditev in danosti z vidika logistike³ nasploh. Čezmejna mobilnost se v današnjih časih izkaže kot nujna predpostavka za poslovno uspešnost družb oziroma celo kot pogoj za njihov obstoj na trgu. Pogodba o delovanju Evropske unije (PDEU)⁴ daje družbam pravico do svobodnega ustanavljanja, ki v skladu s sodno prakso Sodišča EU poleg čezmejnih združitvev⁵ vključuje prenos statutarnega in dejanskega sedeža družbe, pa tudi čezmejno formalno statusno preoblikovanje družbe – torej spremembo pravnoorganizacijske oblike družbe, v kateri družba posluje in je skladna s pravom domače države članice, v drugo pravnoorganizacijsko obliko po pravu države članice gostiteljice. S tem so družbam poleg poslovanja v nadnacionalni pravnoorganizacijski obliki evropske delniške družbe (Societas Europaea – SE) zagotovljeni mehanizmi, s katerimi si lahko poenostavijo, skrajšajo in pocenijo postopek čezmejnega prestrukturiranja.

Ključne besede: svoboda ustanavljanja, dejanski sedež družbe, statutarni sedež družbe, čezmejni prenos sedeža družbe.

1 Npr. združena družba Daimler-Chrysler se je registrirala v Nemčiji (lahko pa bi se tudi v ZDA). Tako N. Kubat Erk, nav. delo, str. 440, ki se sklicuje na M. Siems, Convergence, competition, Centros and conflicts of law: European company law in the 21st century, European Law Review, št. 27/1/2002, str. 47-59, str. 54 (opomba 186).

2 J. Cremers, E. Wolters, nav. delo, str. 5.

3 Prav tam.

4 Prečiščena različica Pogodbe o delovanju Evropske unije, Ur. l. EU, C 83, 30. 3. 2010, str. 47.

5 Zadeva C-411/03, SEVIC Systems AG, 13. 12. 2005, ZOdl. 2005, str. I-10805.

PREKOGRANIČNI PRIJENOS SJEDIŠTA TRGOVAČKOG DRUŠTVA

Sažetak

S gledišta privlačnosti poslovanja trgovačkih društava u određenoj državi, države se međusobno razlikuju po stupnju razvoja pravnog uređenja, osobito korporacijskog i poreznog prava, kao i funkcionalnosti u poslovnom okruženju. To uključuje stupanj pravne sigurnosti i učinkovitost sudskih i upravnih postupaka, što utječe na ugled određene države. Značajne okolnosti su i prisutnost osposobljenog kadra, stupanj njegove inovativnosti i učinkovitosti, trošak rada, veličina tržišta, kao i infrastrukturno uređenje sa stajališta logistike u poslovanju. Prekogranična mobilnost se u današnje vrijeme iskazuje kao nužna pretpostavka za poslovnu uspješnost trgovačkih društava, kao i uvjet za njihov opstanak na tržištu. Ugovor o funkcioniranju Europske unije (UFEU) daje trgovačkim društvima slobodu poslovnog nastana, koja u skladu sa sudskom praksom Europskoga suda, pored prekograničnih spajanja, uključuje prijenos registriranog i stvarnog sjedišta društva. Također se omogućava prekogranično preoblikovanje društva, odnosno promjena pravnog oblika društva u kojem ono posluje u državi članici osnivanja u drugi pravni oblik sukladno pravu države članice useljavanja. Time su trgovačkim društvima pored poslovanja u nadnacionalnom pravnom obliku europskoga dioničkoga društva (Societas Europaea - SE), osigurani mehanizmi kojima se pojednostavnjuju, skraćuju i pojeftinjuju postupci prekograničnog restrukturiranja.

Ključne riječi: *sloboda osnivanja trgovačkih društava, stvarno sjedište društva, registrirano sjedište društva, prijenos sjedišta trgovačkog društva.*

A. ČEZMEJNI PRENOS STATUTARNEGA IN DEJANSKEGA SEDEŽA DRUŽBE

Zgolj nekaž držav izrecno normativno ureja čezmejni prenos statutarnega sedeža družbe,⁶ med njimi npr. Luksemburg, Ciper in Španija,⁷ med nečlanicama tudi Švica, večina pravnih redov pa te transakcije ne predvideva. Npr. za prenos sedeža tuje družbe v Švico je treba uporabiti 161. in 162. člen švicarskega zveznega zakona

6 V tem poglavju smo izhajali iz predpostavke, da družba poleg statutarnega prenaša tudi svoj dejanski sedež, zato to v nadaljevanju ni posebej poudarjeno.

7 T. Biermeyer, T. Holtrichter, nav. delo.

o mednarodnem zasebnem pravu⁸ in 126. člen švicarske uredbe o trgovinskem registru.⁹ V skladu z določili 161. člena IPRG *se lahko tuja družba preoblikuje v družbo švicarskega prava brez likvidacije in ponovne ustanovitve, če to dopušča pravo domače države. Švicarske oblasti lahko dovolijo preoblikovanje v družbo švicarskega prava brez upoštevanja te ureditve, zlasti če to zahtevajo pomembni švicarski interesi. Po določbah 162. člena IPRG se za družbo, ki jo je treba vpisati v register, uporablja švicarsko pravo, ko ta izkaže, da je jedro svojega poslovanja prenesla v Švico in se je tudi preoblikovala v družbo po švicarskem pravu. Če se vpis v register ne zahteva, se za družbo švicarsko pravo uporablja od takrat, ko je jasno izražena volja, da se uporablja švicarsko pravo, če obstaja zadostna povezava s Švico in je izvedeno preoblikovanje po švicarskem pravu. Kapitalska družba mora pred vpisom v register z revizorjevim poročilom izkazati, da je osnovni kapital družbe skladen s švicarskim pravom. Družba mora izpolnjevati vse pogoje, da se lahko preoblikuje v eno od pravnoorganizacijskih oblik družb švicarskega prava, pri čemer je treba v skladu z določili 126. člena HRegV registru predložiti naslednje: (1) izvleček iz trgovinskega registra na lokaciji prejšnjega sedeža ali ustrezno upravno ali notarsko overjeno potrdilo o obstoju in organih te družbe; (2) javne listine o prenosu sedeža in o prilagoditvi statuta družbe švicarskemu pravu; (3) potrdilo države prejšnjega sedeža, da je prenos sedeža po pravu matične države dopusten in da proti prenosu sedeža niso bili podani ugovori; (4) potrdilo poslovodstva, da je bil prenesen tudi center poslovnih aktivnosti družbe; (5) revizorjevo poročilo za kapitalsko družbo, v katerem pooblaščen revizor potrdi, da je osnovni kapital družbe skladen s švicarsko zakonodajo; (6) dokaz, da je možna prilagoditev družbe švicarskemu pravu.*¹⁰

Kljub le redkim ureditvam čezmejnega prenosa statutarnega sedeža družbe (*Statutenwechsel*) je Sodišče EU v zadevi *Cartesio*¹¹ (*obiter dictum*) ter v zadevi *VALE*¹² sprejelo stališče, da je treba družbam na podlagi določb členov 49 in 54 PDEU dopuščati prenos statutarnega sedeža v drugo državo članico, če se ob tem preoblikujejo v družbo po pravu države članice gostiteljice. Pojasniti je treba, da je v tem in naslednjem poglavju obravnavan prenos sedeža družbe na način, ko npr. avstrijska d.o.o. prenese svoj sedež v Nemčijo in se preoblikuje v nemško d.o.o. – torej ohrani primerljivo pravnoorganizacijsko obliko, le da prevzame pravno ureditev države članice gostiteljice. Domača država članica in država članica gostiteljica ob tem ne smeta zahtevati prenehanja družbe v domači državi članici

8 Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht – IPRG, 18. 12. 1987, 291 s spremembami; dostopen je na spletni strani: <http://www.admin.ch/ch/d/sr/2/291.de.pdf>.

9 Handelsregisterverordnung – HRegV, 17. 10. 2007, 221.411 s spremembami, dostopna je na spletni strani: <http://www.admin.ch/ch/d/sr/2/221.411.de.pdf>.

10 Glej navodilo za uporabo določb pri prenosu sedeža tuje družbe v Švico kantona Zug, ki je dostopno na spletni strani: <http://www.zug.ch/behoerden/volkswirtschaftsdirektion/handelsregisteramt/merkblaetter/merkblaetter-allgemein>.

11 Zadeva C-210/06, *Cartesio Oktató és Szolgáltató* bt, 16. 12. 2008, ZOdl. 2008, str. 9641.

12 Zadeva C-378/10, *VALE Építési kft*, 12. 7. 2012, še neobjavljeno.

in njene ponovne ustanovitve v državi članici gostiteljici.¹³ Bistvenega pomena je okoliščina, da se s tem družbam ob čezmejnem prenosu statutarnega sedeža omogoči kontinuirano poslovanje. Ustanovitev družbe je sicer lahko izključno rezultat prava domače države članice (kot je Sodišče EU odločilo v zadevah *Daily Mail*,¹⁴ *Cartesio*¹⁵ in *VALE*),¹⁶ a navezne okoliščine iz člena 54 PDEU so namenjene vzpostavitvi vezi med družbo in EU.¹⁷ Odtlej gre za družbo po pravu EU, pri čemer je za izgubo njene pravne subjektivitete treba upoštevati tudi pravo EU – to pa načeloma varuje kontinuiran obstoj družb (glej člen 22 Tretje direktive,¹⁸ člen 19 Šeste direktive¹⁹ in člen 17 Desete direktive²⁰).²¹

Za prenos statutarnega sedeža torej ni treba uporabiti splošnih pravilih korporacijskega (postopek likvidacije in ponovne ustanovitve družbe) in obligacijskega prava (predvsem je kot velika ovira praviloma predvideno soglasje upnikov k novemu dolžniku) – ta pravila ne omogočajo kontinuiranega obstoja družbe in povzročajo nemalo težav zaradi kompleksnih, zamudnih in cenovno neugodnih postopkov, ki jih je treba izvesti. Premoženje družbe se namreč ob uporabi splošnih pravil (ko torej ne pride do preoblikovanja in ohranjanja identitete družbe, ki čezmejno prenaša svoj statutarni sedež, v družbo po pravu države članice gostiteljice) na novo družbo v državi članici gostiteljici prenaša po poti singularne sukcesije, ki predpostavlja prenos po načelu *cum titulus et modus acquirendi*.

Glede čezmejnega prenosa sedeža družbe v državah članicah je Sodišče EU ob zapovedi dopuščanja čezmejnega prenosa statutarnega sedeža vnaprej predvidelo dve dopusti omejitvi, in sicer: (1) matična država članica lahko omejuje čezmejni prenos statutarnega sedeža družbe, v kolikor je to upravičeno z nujnimi razlogi v splošnem interesu²² (kot so npr. varstvo upnikov, delavcev, manjšinskih družbenikov, davčnih interesov in pravnega prometa), in (2) čezmejni prenos statutarnega sedeža družbe je dopusten le v primeru, če je dopusten po pravu države članice gostiteljice.²³ Država članica gostiteljica torej v zvezi z dopustitvijo čezmejnega prenosa statutarnega sedeža nima možnosti izbire, ima pa nekaj

13 Glej točke 111 do 113 sodbe v zadevi *Cartesio* in točke 32, 33, 36, 41 in 50 sodbe v zadevi *VALE*.

14 Zadeva 81/87, *The Queen v H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc.*, 27. 9. 1988, ZOdl. 1988, str. 5483, točka 19.

15 Glej točko 104 sodbe v zadevi *Cartesio*.

16 Glej točko 27 sodbe v zadevi *VALE*.

17 A. W. Wiśniewski, A. Opalski, nav. delo, str. 606.

18 Tretja direktiva Sveta 78/855/EGS z dne 9. 10. 1978 o združitvi delniških družb v državah članicah, ki temelji na členu 54(3)(g) Pogodbe, Ur. l. EU, L 295, 20. 10. 1978, str. 36-43.

19 Šesta direktiva Sveta 82/891/EGS z dne 17. 12. 1982 o delitvi delniških družb, ki temelji na členu 54(3)(g) Pogodbe, Ur. l. EU, L 378, 31. 12. 1982, str. 47-54.

20 Deseta direktiva Evropskega parlamenta in Sveta 2005/56/ES z dne 26. 10. 2005 o čezmejnih združitvah kapitalskih družb, Ur. l. EU, L 310, 25. 11. 2005, str. 1-9.

21 A. W. Wiśniewski, A. Opalski, nav. delo, str. 607, 610.

22 Glej točki 112 in 113 sodbe v zadevi *Cartesio*.

23 Glej točko 112 sodbe v zadevi *Cartesio* in točke 32, 33, 36, 41, 50 in 56 sodbe v zadevi *VALE*.

maneverskega prostora pri določanju pogojev in samega postopka za priselitev statutarnega sedeža družbe iz druge države članice.²⁴ Lahko npr. določi, v kolikem času je treba registru družb predložiti ustrezno dokumentacijo, lahko določi, da mora družba v drugi državi članici počakati z izbrisom iz registra družb vse do preoblikovanja v pravnoorganizacijsko obliko družbe oziroma do vpisa družbe v register v državi članici gostiteljici.²⁵ Prav tako lahko določi, da ima vpis v njen register družb konstitutivni učinek za čezmejni prenos statutarnega sedeža družbe, saj bo šele od tega trenutka naprej za preseljeno družbo merodajno pravo države članice gostiteljice.²⁶

Za dopustnost čezmejnega prenosa statutarnega sedeža družbe ni treba poprej sprejeti (in posledično v nacionalne zakonodaje držav članic implementirati) Štirinajste direktive s področja prava družb, ki bi uskladila ureditve držav članic glede čezmejnega prenosa statutarnega sedeža družbe. Sekundarni akt na ravni EU namreč ni predpogoj za to, da bi se na tej podlagi omogočal čezmejni prenos statutarnega sedeža. Štirinajsta direktiva bi to transakcijo zgolj olajšala, dopuščati pa jo je treba že na podlagi določb PDEU o pravici do svobodnega ustanavljanja.²⁷ Podobno stališče je Sodišče EU sprejelo v zadevi *SEVIC*²⁸ v zvezi z Deseto direktivo.²⁹ Dopustne omejitve tega vidika svobode ustanavljanja v skladu s sodno prakso Sodišča EU pa utegnejo družbe odvracati od čezmejnega prenosa statutarnega sedeža, pri čemer bi tudi države članice lahko imele nemalo težav pri izvedbi teh preoblikovanj. Zaradi zagotovitve pravne varnosti na področju pravice do svobodnega ustanavljanja po poti čezmejnega prenosa statutarnega sedeža družbe se je treba še naprej odločno zavzemati za sprejem Štirinajste direktive.³⁰ Direktiva bi poenostavila in pospešila postopek čezmejnega prenosa statutarnega sedeža ter znižala stroške družbam, ki ta cilj dosegajo z ustanovitvijo SE ali po poti čezmejnih združitvev. Evropska komisija je napovedala, da bo v letošnjem letu (2013) opravila posvetovanja in posodobila oceno o iniciativi za ureditev čezmejnega prenosa statutarnega sedeža družbe.³¹

24 L. Cerioni, nav. delo (2010), str. 328.

25 Glej tudi točke 52, 54, 55 in 59 sodbe v zadevi *VALE*.

26 L. Cerioni, nav. delo (2010), str. 330.

27 Glej točko 38 sodbe v zadevi *VALE*.

28 Opomba 5, točka 26.

29 Glej točke 24 do 31 sodbe v zadevi *VALE*. Tako tudi L. Cerioni, nav. delo (2010), str. 326-327.

30 Za normativno ureditev čezmejnega prenosa sedeža na ravni EU so se med drugimi v pravni literaturi zavzeli: J. Lau Hansen, nav. delo, str. 15, S. Rammeloo, nav. delo, str. 588, J. E. Antunes et al., nav. delo, str. 18, W. Cains, nav. delo, str. 578, C. Winkler, nav. delo (2010), str. I-297, 298, A. Frada de Sousa, nav. delo, str. 53, 55, A. Johnston, P. Syrpis, nav. delo, str. 401, J. Hojnik, nav. delo, str. 29.

31 Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Action Plan: European company law and corporate governance – a modern legal framework for more engaged shareholders and sustainable companies, COM(2012) 740/2, Bruselj, 12. 12. 2012, str. 12.

V sedanjih okoliščinah bi morala družba z namero po čezmejnem prenosu statutarnega sedeža oziroma registrski organ pri izvedbi vpisa te transakcije v sodni register v skladu z odločbo Sodišča EU v zadevi *Cartesio*³² za vprašanja izvedbe prenosa sedeža smiselno uporabiti določbe Uredbe SE³³ (člen 8) o prenosu sedeža SE oziroma določbe nacionalne zakonodaje posamezne države članice, ki le-te dopolnjujejo. V zadevi *Cartesio* je namreč Sodišče EU v primeru odsotnosti nacionalnih ureditev čezmejnega prenosa statutarnega sedeža družbe napotilo na smiselno uporabo (med drugim) določil Uredbe SE o prenosu sedeža SE. V primeru čezmejnega prenosa statutarnega sedeža družbe v drugo državo članico, pri čemer bi družba ohranila primerljivo pravnoorganizacijsko obliko (npr. nemška d.o.o. v avstrijsko d.o.o.), bi morala družba v domači državi članici izpolniti vse zakonske pogoje za prenos sedeža v skladu s členom 8 Uredbe SE in določili nacionalne zakonodaje, ki le-te dopolnjujejo. Organ vodenja družbe bi moral tako pripraviti predlog prenosa sedeža ter ga objaviti, prav tako bi moral pripraviti poročilo z utemeljitvijo o pravnih in ekonomskih vidikih prenosa statutarnega sedeža družbe ter pojasniti o posledicah za delničarje, upnike in zaposlene v družbi. V skladu z nacionalno zakonodajo domače države članice bi se presojele zahteve za odločanje skupščine o sprejemu odločitve za čezmejni prenos statutarnega sedeža družbe, prav tako bi se s to nacionalno zakonodajo zagotavljalo varstvo manjšinskih družbenikov, ki se ne bi strinjali s čezmejnem prenosom statutarnega sedeža družbe, in varstvo upnikov družbe. Organ vodenja družbe bi moral predlagati vpis namere prenosa sedeža družbe v sodni register domače države članice. Registrski organ bi moral preizkusiti, ali so bila v zvezi s čezmejnem prenosom sedeža družbe pravilno opravljena vsa predpisana pravna opravila, ali so bile izpolnjene predpostavke za uveljavitev pravic manjšinskih delničarjev in upnikov.

V skladu z določili Uredbe SE družba ne sme prenesti statutarnega sedeža, če je proti njej uveden postopek prenehanja ali prisilne poravnave. Ob ugotovitvi, da so bile v domači državi članici pravilno izpolnjene vse zahteve, ki so za čezmejni prenos statutarnega sedeža družbe določene v nacionalni zakonodaji domače države članice, bi registrski organ vpisal namero prenosa sedeža te družbe ter izdal potrdilo o izvedenih dejanjih in formalnostih, ki jih je treba opraviti pred prenosom. Prav tako bi bilo treba v register vpisati novi sedež družbe in register, pri katerem bi bila družba vpisana v državi članici gostiteljici. Organ vodenja družbe bi moral nato predlagati vpis čezmejnega prenosa statutarnega sedeža te družbe v državi članici gostiteljici. Registrski organ v državi članici gostiteljici bi na podlagi zgoraj omenjenega potrdila domače države članice in po preučitvi, ali so bile tudi v državi članici gostiteljici izpolnjene zahteve za vpis v register, vpisal prenos sedeža družbe ter po vpisu po uradni dolžnosti o tem vpisu obvestil registrski organ domače države članice. Ta bi moral po prejemu obvestila o vpisu čezmejnega prenosa statutarnega sedeža družbe v register v državi članici gostiteljici po uradni dolžnosti vpisati izbris družbe iz registra (domače države članice).

32 Glej točko 120 sodbe v zadevi *Cartesio*.

33 Uredba Sveta (ES) št. 2157/2001 z dne 8. 10. 2001 o statutu evropske družbe (SE), Ur. l. EU, L 294, 10. 11. 2001, str. 1-21.

Ob tem je treba dodati, da bi moralo biti pri čezmejnem prenosu statutarnega sedeža družbe tudi delavcem zagotovljeno ustrezno varstvo, in sicer v skladu z Direktivo SE,³⁴ katere določbe je bilo treba implementirati v nacionalne zakonodaje držav članic. Ureditev zaščite delavcev pri tovrstnih čezmejnih transakcijah stremi predvsem k zagotovitvi njihovega enakega položaja pred in po uresničeni pravici družbe do prostega ustanavljanja (*before and after principle*).³⁵ Glede na odsotnost sekundarne zakonodaje, ki bi na ravni EU urejala čezmejni prenos statutarnega sedeža družbe, bi lahko domača država članica zahtevala, da družba po prenosu sedeža obdrži enako raven sodelovanja delavcev pri upravljanju tudi po preoblikovanju v državi članici gostiteljici, a bi bilo brez pravne podlage težavno k temu zavezati državo članico gostiteljico.³⁶

B. ČEZMEJNI PRENOS ZGOLJ STATUTARNEGA SEDEŽA DRUŽBE

Pomisleke vzbujajo izvedba čezmejne transakcije, ko bi si družba izbrala najbolj ugodno pravno ureditev in bi v ciljno državo članico prenesla svoj statutarni sedež (torej bi odtlej pripadala pravu države članice gostiteljice), ne pa tudi dejanskega. Po mnenju večine avtorjev pravica do svobodnega ustanavljanja v državah članicah ne pokriva prenosa zgolj statutarnega sedeža družbe.³⁷ Načelu teritorialne skladnosti sedeža družbe sicer sledi tudi Uredba SE (člen 7), v zvezi z morebitno spremembo ureditve in splošnim stališčem glede tega vprašanja na ravni EU pa razprave segajo v obe skrajni točki – že vrsto let v resolucijah, normativnih predlogih in aktih ni soglasja glede načela teritorialne skladnosti sedeža družbe. Prvi predlog Štirinajste direktive iz leta 1997 je dopuščal le sočasen čezmejni prenos statutarnega in dejanskega sedeža družbe.³⁸ Nato je Evropski parlament v resoluciji o čezmejnih prenosih sedežev družb iz leta 2009³⁹ navedel drzno (diametralno nasprotno) stališče, da pravilo, po katerem mora družba ohraniti svoj dejanski in statutarni sedež v isti državi članici, nasprotuje sodni praksi Sodišča EU o svobodi ustanavljanja in zato krši pravo EU (točka G). Konec leta 2011 so se z navedbami v Osnutku poročila Evropskega parlamenta s priporočili Komisiji o 14. direktivi na področju prava družb o čezmejnih prenosih sedežev družb⁴⁰ zamislili o ureditvi obravnavane

34 Direktiva Sveta 2001/86/ES z dne 8. 10. 2001 o dopolnitvi Statuta evropske družbe glede udeležbe delavcev, Ur. l. EU, L 294, 10. 11. 2001, str. 22-32.

35 Glej točko 18 uvodnih določb k direktivi.

36 J. Lau Hansen, nav. delo, str. 14.

37 C. Winkler, nav. delo (2010), str. I-296, in v opombi 37 nav. dela (Ringe, Adensamer, Leible/Hoffmann).

38 M. Szydło, nav. delo, str. 441, kjer se sklicuje na R. R. Drury, Migrating companies, European Law Review, št. 24/1999, str. 363 in naslednje (opomba 64).

39 Resolucija Evropskega parlamenta z dne 10. 3. 2009 s priporočili Komisije o čezmejnih prenosih sedežev družb (2008/2196(INI)), P6_TA(2009)0086, Ur. l. EU, št. C 87E, 1. 4. 2010, str. 5.

40 Osnutek poročila Evropskega parlamenta s priporočili Komisiji o 14. direktivi na področju prava družb o čezmejnih prenosih sedežev družb z dne 27. 9. 2011 (2011/2046 (INI),

problematike vrnilo k prvotnemu strogemu predlogu o teritorialni skladnosti sedeža družbe. Navsezadnje Resolucija o Štirinajsti direktivi na področju prava družb o čezmejnih prenosih sedežev družb z dne 2. 2. 2012⁴¹ dilemo »rešuje« na tak način, da jo prepušča ureditvi držav članic. V pravni literaturi je zaslediti stališče, da je vztrajanje pri načelu teritorialne skladnosti sedeža (sicer za evropsko zasebno družbo – *Societas Privata Europaea* – SPE) »skrajno zastarelo (če ne absurdno)« za enotni trg EU, ki je bil vendarle oblikovan z namenom omogočanja svobodne čezmejne mobilnosti družb.⁴² Sodišče EU se o tem vprašanju še ni izreklo, vendar je v pravni literaturi zaslediti stališče, da zadeva *Cartesio* nakazuje na dopustnost čezmejnega prenosa zgolj statutarnega sedeža družbe.⁴³

Pri čezmejnem prenosu zgolj statutarnega sedeža družbe se z vidika domače države članice, ki bi družbi želela preprečiti tak prenos, vzbudi pomislek, na kakšen način bi ta preverjala, ali bo družba ob čezmejnem prenosu statutarnega sedeža na ozemlje države članice gostiteljice prenesla tudi svoj dejanski sedež. Ko bi bil prenos statutarnega sedeža v državi članici gostiteljici že vpisan v register, pa domača država članica (izselitve) ne bi imela več nobenih ugovorov – družba iz druge države članice bi namreč imela na njenem ozemlju zgolj dejanski sedež. V tem primeru bi šlo za enak položaj kot v zadevah *Centros*,⁴⁴ *Überseering*⁴⁵ in *Inspire Art*,⁴⁶ tj. za priselitev dejanskega sedeža družbe, ki ga morajo vse države članice gostiteljice (v tem primeru je to prejšnja domača država članica) tolerirati.⁴⁷ V skladu z navedenim bi morala domača država članica domačim družbam dopuščati čezmejni prenos zgolj statutarnega sedeža, ne glede na to, da morebiti sprejema teorijo dejanskega sedeža. Tako bi družba v domači državi članici ohranila dejanski sedež, sicer pa bi odtlej pripadala državi članici gostiteljici. Samo ta je, npr. ob sprejemanju teorije dejanskega sedeža za domače družbe, upravičena od priseljene družbe zahtevati, da poleg statutarnega sedeža na njeno ozemlje prenese tudi dejanski sedež.

Pomisleke o dopustnosti čezmejnega prenosa zgolj statutarnega sedeža družbe vzbujajo zadeva *Cadbury Schweppes*,⁴⁸ v kateri je Sodišče EU obrazložilo, da pojem

dostopen na spletni strani: http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/juri/pr/878/878519/878519sl.pdf.

41 Resolucija Evropskega parlamenta z dne 2. 2. 2012 s priporočili Komisiji o 14. direktivi na področju prava družb o čezmejnih prenosih sedežev družb, 2011/2046(INI), dostopna je na spletni strani: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2012-0008+0+DOC+XML+V0//SL>.

42 C. Winkler, nav. delo (2012), str. 35.

43 L. Cerioni, nav. delo (2012), str. 1099.

44 Zadeva C-212/97, *Centros Ltd v Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, 9. 3. 1999, ZOdl. 1999, str. I-1459.

45 Zadeva C-208/00, *Überseering BV v Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, 5. 11. 2002, ZOdl. 2002, str. I-9919.

46 Zadeva C-167/01, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam v Inspire Art Ltd*, 30. 9. 2003, ZOdl. 2003, str. I-10155.

47 A. Frada de Sousa, nav. delo, str. 58.

48 Zadeva C-196/04, *Cadbury Schweppes plc in Cadbury Schweppes Overseas Ltd proti Commissioners of Inland Revenue*, 12. 9. 2006, ZOdl. 2006, str. I-7995.

ustanavljanja predpostavlja resnično namestitev družbe v državi članici gostiteljici in opravljanje dejanske ekonomske aktivnosti v tej državi.⁴⁹ Z vidika omenjene odločitve Sodišča EU so torej vprašljivi primeri, ko družba v drugo državo članico prenese svoj statutarni sedež, a je v državi članici gostiteljici prisotna samo z naslovom oziroma poštним nabiralnikom ali telefonskim priključkom (s preusmeritvijo klicev v državo članico dejanskega sedeža družbe).⁵⁰ To namreč ne kaže na dejansko (stalno in kontinuirano) ekonomsko integracijo družbe v državi članici gostiteljici.⁵¹ A sodna praksa Sodišča EU je glede upravičenosti sklicevanja na določila o svobodi ustanavljanja precej nejasna. Medtem ko je Sodišče EU s sodbami v zadevah *Segers*,⁵² *Centros*⁵³ in *Inspire Art*⁵⁴ to svoboščino razlagalo ekstenzivno, jo je z odločitvijo v zadevi *Cadbury Schweppes*⁵⁵ nekoliko ožilo. Posledično ni povsem jasno razlikovanje med nedopustnim izogibanjem nacionalni zakonodaji in zakonito izbiro med različnimi pravnimi ureditvami v državah članicah.⁵⁶ Tudi po odločitvi v zadevi *VALE* je v pravni doktrini zaslediti kritično stališče, da »bo popolna svoboda ustanavljanja žrtvovana z namenom Sodišča EU prikazati videz konsistentnosti več svojih nasprotujočih si odločitev,« zato bi bilo treba nejasnosti in nedoslednosti odpraviti s sekundarno zakonodajo na ravni EU.⁵⁷

Vprašanje je torej, ali mora domača država članica zaradi svobode ustanavljanja res brezpogojno tolerirati umetno dodelitev družbe državi članici gostiteljici in njenemu pravu.⁵⁸ Sprejemljivo je stališče, da se je v zadevi *Cadbury Schweppes* na svobodo ustanavljanja sklicevala družba zoper domačo državo članico, pri čemer v državi članici gostiteljici ni uresničevala pravice do svobodnega ustanavljanja, zato je bila domača država članica upravičena omejevati to pravico.⁵⁹ Okoliščine v zadevah *Centros* in *Inspire Art* pa so bile ravno obratne – na svobodo

49 Glej točki 51 in 54 sodbe v zadevi *Cadbury Schweppes*.

50 M. Szydło, nav. delo, str. 423, ki se sklicuje na K. Hailbronner, G. Jochum, *Europarecht II, Binnenmarkt und Grundfreiheiten*, W. Kohlhammer Verlag, Stuttgart 2006, str. 186 (opomba 28).

51 Prav tam.

52 Zadeva 79/85, D. H. M. Segers v Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Bank, 10. 7. 1986, ZOdl. 1986, str. 2375, točka 16.

53 Glej točke 18, 25 in 29.

54 Glej točke 95, 96 in 105.

55 Glej točke 51, 52 in 54.

56 A. Johnston, P. Syrpis, nav. delo, str. 389. Podobno S. Rammeloo, nav. delo, str. 583: »There is, however, no hard and fast answer to the question when, alongside the registration office, a company's minimum contacts with the host state are deemed as sufficient to invoke freedom of establishment.«

57 »It appears that completely unbridled freedom of establishment will be sacrificed in order for the Court to salvage a semblance of consistency from a number of contradictory judgments. In particular, it is unlikely that CJEU will develop the case law to its fullest logical conclusions – which would be to do away with the real seat theory in its entirety – as this would contradict case law that has been confirmed repeatedly by the Court,« tako J. Borg-Barthet, nav. delo, str. 505.

58 G. H. Roth, nav. delo, str. 611.

59 Primerjaj L. Cerioni, nav. delo (2012), str. 1105-1106.

ustanavljanja sta se sklicevali družbi zoper državo članico gostiteljico, pri čemer sta v tej državi članici uresničevali pravico do svobodnega ustanavljanja in jima je ta zato ni bila upravičena omejevati.⁶⁰

Družba je s tem, ko je dejanski sedež ohranila v domači državi članici, statutarnega pa prenesla v državo članico gostiteljico, s slednjo vzpostavila pomembno vez in pridobila čezmejno dimenzijo, zato je v skladu z odločitvama Sodišča EU v zadevah *Centros* in *Inspire Art* treba ta položaj presojati v luči pravice do svobodnega ustanavljanja.⁶¹ Njen doseg namreč ne predpostavlja opravljanja ekonomskih aktivnosti v vsaj dveh državah članicah.⁶² Če bi sprejeli stališče, da lahko domače države članice prepovejo prenos zgolj statutarnega sedeža družbe v primeru, ko ta nima namena vzpostaviti nobene ekonomske vezi z državo članico gostiteljico in torej glede na zadevo *Cadbury Schweppes* morebiti ne gre za uresničevanje svobode ustanavljanja, se ponovno vzbudi pomislek, kako naj domača država članica to preverja. Poleg tega iz zgoraj citiranih razprav o zadevi *Cadbury Schweppes* v pravni literaturi izhaja, da lahko pravico do svobodnega ustanavljanja zaradi odsotnosti ekonomske integracije družbe omejuje zgolj domača država članica (to je po prenosu statutarnega sedeža država članica gostiteljica).

Ob nadaljnjem razmisleku glede dopustnosti zgolj prenosa statutarnega (ne pa tudi dejanskega) sedeža družbe si lahko zamislimo primer, ko ima družba cilj čezmejno prenesti statutarni sedež ob hkratnem namenu opravljanja dela svojih poslovnih aktivnosti v državi članici gostiteljici, pri čemer želi ohraniti dejanski sedež v domači državi članici (izselitve).⁶³ Opravljanje ekonomske aktivnosti v državi članici gostiteljici, pri čemer sicer ne gre za dejanski sedež družbe, pomeni (zadostno) dejansko ekonomsko vez z državo članico gostiteljico. Le država članica gostiteljica lahko od priseljene družbe v skladu z odločitvami Sodišča EU v zadevah *Daily Mail*,⁶⁴ *Cartesio*⁶⁵ in *VALE*⁶⁶ (torej prav tako v primeru podanih nujnih razlogov v splošnem interesu) zahteva sočasno priselitev dejanskega sedeža družbe na njeno ozemlje. Navsezadnje pa bi lahko domača družba zgolj statutarni sedež prenesla po poti čezmejne združitve – v državi članici gostiteljici bi ustanovila družbo, ta pa bi ustanoviteljico v naslednjem koraku prevzela (družba hčera bi prevzela družbo mater – *downstream merger*).⁶⁷ Zato transakcije ne kaže preprečevati, saj se lahko enak cilj doseže na drug način, le da je ta kompleksnejši, zamudnejši in dražji. Treba pa je preprečevati zlorabe, ki lahko sledijo takšnemu čezmejnemu prenosu statutarnega sedeža družbe, a z drugimi ukrepi.

60 Primerjaj prav tam.

61 M. Szydło, nav. delo, str. 423.

62 Prav tam, str. 424.

63 Tudi A. Frada de Sousa, nav. delo, str. 72.

64 Glej točko 19 sodbe v zadevi *Daily Mail*.

65 Glej točko 104 sodbe v zadevi *Cartesio*.

66 Glej točko 27 sodbe v zadevi *VALE*.

67 Tako tudi G.-J. Vossestein, nav. delo, str. 60. Glej tudi zadeva C-378/10, *VALE Építési kft*, Sklepni predlogi generalnega pravobranilca – Niil Jääskinen – 15. 12. 2011, še neobjavljeno, točka 35.

Družbe morajo torej izpolnjevati pogoj navezne okoliščine po pravu države članice gostiteljice – v državah članicah, ki sprejemajo teorijo ustanovitve, bo to pomenilo, da morajo družbe prenesti svoj statutarni sedež, v državah članicah, ki sprejemajo teorijo dejanskega sedeža, pa bodo morale družbe praviloma prenesti (tudi) dejanski sedež družbe.⁶⁸ Vendar zgolj prenos statutarnega sedeža družbe morebiti glede na zadevo *Cadbury Schweppes* ne bi zadostoval, ker pri tem ne gre za uresničevanje pravice do svobodnega ustanavljanja.⁶⁹ Sodišče EU torej v zadevi *VALE* ni odgovorilo na odločilno dilemo, kolikšna mora biti stopnja ekonomske aktivnosti, da ne gre za čezmejni prenos zgolj statutarnega sedeža družbe.⁷⁰ To ni relevantno le v primeru čezmejnega prenosa statutarnega sedeža družbe, temveč tudi v primeru, ko se v državi članici gostiteljici ustanovi nova družba, ki izide iz čezmejne spojitve oziroma ima prevzemna družba, ki izide iz čezmejne pripojitve, sedež v državi članici gostiteljici. V uvodnih pojasnilih Desete direktive je v točki 11 določeno, da »ta direktiva ne posega v zakonodajo držav članic, s katero se zahtevajo informacije o predlaganem kraju glavne uprave ali opravljanju glavne dejavnosti družbe, nastale s čezmejno združitvijo.« To pomeni, da mora imeti družba, ki izide iz čezmejne združitve, v državi članici gostiteljici, ki sprejema teorijo dejanskega sedeža, na njenem ozemlju tudi dejanski sedež. V državi članici prevzete družbe lahko prevzemna oziroma novoustanovljena družba ohrani poslovno enoto družbe, ne sme pa imeti tam svojega dejanskega sedeža.

Ob tem velja opozoriti na različna položaja pri čezmejnem prenosu statutarnega sedeža družbe in pri čezmejnih združitvah. V obeh primerih se izbris iz registra družb domače države članice opravi (a) ob smiselni uporabi določil Uredbe SE šele po vpisu prenosa statutarnega sedeža družbe v register družb v državi članici gostiteljici oziroma (b1) šele po vpisu ustanovitve družbe, ki je izšla iz čezmejne združitve, v register družb v državi članici nove družbe ali (b2) čezmejne združitve v register družb v državi članici prevzemne družbe. Vendar gre pri prenosu statutarnega sedeža družbe za ohranjanje identitete družbe – družba v državi članici gostiteljici je še vedno isti subjekt kot pred selitvijo v domači državi članici, medtem ko gre pri čezmejnih združitvah za univerzalno pravno nasledstvo, in sicer (1) nova družba, ki je izšla iz čezmejne združitve, je univerzalna pravna naslednica družb, ki so se čezmejno spojile, (2) prevzemna družba pa je univerzalna pravna naslednica (prevzetih) družb, ki so bile prevzete po poti čezmejne pripojitve.

C. ČEZMEJNO FORMALNO STATUSNO PREOBLIKOVANJE DRUŽBE

V tem poglavju je obravnavano čezmejno prestrukturiranje družbe, ki poleg spremembe pravne pripadnosti družbe (torej spremembe prava, ki je merodajno za družbin nadaljnji obstoj – preselitve statutarnega sedeža družbe – *Statutenwechsel*)

68 T. Biermeyer, nav. delo, str. 586.

69 Glej točki 51 in 54 sodbe v zadevi *Cadbury Schweppes*.

70 T. Biermeyer, nav. delo, str. 587.

vključuje tudi spremembo pravnoorganizacijske oblike družbe (*Formwechsel*), npr. avstrijska d.o.o. namerava prenesti svoj statutarni sedež v Nemčijo in se ob tem preoblikovati v nemško d.d. Gre za t. im. *crossover*⁷¹ operacije, pri čemer Sodišče EU o tovrstnem čezmejnem prestrukturiranju še ni odločalo. V skladu z odločitvijo Sodišča EU v zadevi *Cartesio* bi bilo za preoblikovanje družbe v drugo pravnoorganizacijsko obliko po pravu države članice gostiteljice poleg določb, ki jih je treba uporabiti za prenos statutarnega sedeža družbe (kot je bilo obrazloženo zgoraj) v skladu z odločitvijo Sodišča EU v zadevi *VALE* uporabiti tudi nacionalno ureditev formalnih statusnih preoblikovanj obeh udeleženi državi članici (ob predpostavki, da so ta za njihove domače družbe urejena tudi v državi članici gostiteljici).⁷² Najprej bi bilo torej treba izpolniti vse zahteve, ki se po pravu domače države članice zahtevajo v primeru preoblikovanja domače d.o.o. v domačo d.d., potem bi bilo treba upoštevati določila za prenos statutarnega sedeža v domači državi članici in v državi članici gostiteljici, nato pa bi bilo treba izpolniti še vse pogoje, ki jih za ustanovitev d.o.o. določa država članica gostiteljica. To bi po naši oceni zadostilo zahtevi Sodišča EU, ki jo je sprejelo v zadevi *VALE*, v skladu s katero je potrebna zaporedna uporaba obeh nacionalnih zakonodaj držav članic.⁷³ Nujna je povezava med postopkom vpisa (namere za čezmejni prenos statutarnega sedeža družbe in preoblikovanje v drugo pravnoorganizacijsko obliko po pravu države članice gostiteljice in potem izbrisa družbe) v register v domači državi članici in postopkom vpisa (priselitve statutarnega sedeža družbe in preoblikovanja v družbo po pravu države članice gostiteljice) v register v državi članici gostiteljici. Postopek vpisa v register v državi članici gostiteljici ureja pravo te države, ki načeloma določa tudi dokaze, s katerimi družba potrjuje izpolnjevanje pogojev, ki so skladi s pravom EU in se v zvezi s tem zahtevajo v domači državi članici.⁷⁴

Ne bi pa bilo treba zahtevati tudi izpolnjevanja zahtev, ki jih za preoblikovanje iz d.o.o. v d.d. določa država članica gostiteljica, temveč zgolj izpolnjevanje pogojev za ustanovitev d.d. po pravu države članice gostiteljice. Varstvo manjšinskih družbenikov in upnikov, ki je potrebno zaradi preoblikovanja d.o.o. v d.d., je treba zagotavljati le v skladu s pravom domače države članice. Družbeniki in upniki so namreč udeleženi v korporacijskem oziroma obligacijskem razmerju z družbo domače države članice in so se lahko zanesli, da se jim bo ob morebitnem preoblikovanju v d.d. zagotavljalo varstvo v skladu z določili domačega prava, ne pa tudi varstvo v skladu s pravom države članice gostiteljice, četudi bi bilo to morebiti ugodnejše za njih. Ker gre za čezmejno prestrukturiranje, bi jim bilo treba zagotoviti tudi varstvo zaradi prenosa statutarnega sedeža družbe, ki je predvideno po pravu obeh udeleženi državi članici (ob odsotnosti posebnih nacionalnih določil to pomeni ob smiselni uporabi določil Uredbe SE). V državi članici gostiteljici pa

71 Tako čezmejni prenos statutarnega sedeža družbe ob hkratni spremembi pravnoorganizacijske oblike poimenuje S. Rammeloo, nav. delo.

72 Glej točko 43 sodbe v zadevi *VALE*.

73 Glej točki 37 in 44 sodbe v zadevi *VALE* in točko 27 sodbe v zadevi *SEVIC*.

74 Glej točko 59 sodbe v zadevi *VALE*.

bi torej zadostovalo zgolj izpolnjevanje pogojev za ustanovitev družbe v željeni pravnoorganizacijski obliki po pravu države članice gostiteljice. Če ta v svoji nacionalni ureditvi za domače družbe ne predvideva dopustnosti formalnega statusnega preoblikovanja – spremembe pravnoorganizacijske oblike, ji tudi takega čezmejnega prestrukturiranja ni treba dopuščati. Čeprav teh določb nacionalne zakonodaje ob čezmejni spremembi pravnoorganizacijske oblike ni treba uporabiti za zaščito družbenikov ali upnikov družbe, je torej obstoj ureditve pomemben – le v primeru, da država članica dopušča formalna statusna preoblikovanja za domače družbe, jih mora dopuščati tudi za družbe iz drugih držav članic.⁷⁵

Poudariti velja, da se ureditve statusnih preoblikovanj med državami članicami razlikujejo. Materialna statusna preoblikovanja so v večjem delu na ravni EU primerljivo urejena, saj so morale države članice v svoje nacionalne zakonodaje implementirati Tretjo direktivo, ki ureja notranje združitve, ter Deseto direktivo, ki ureja čezmejne združitve. Na področju delitev so morale v svoje ureditve, v kolikor so se odločile za dopustnost tovrstnih preoblikovanj, prenesti Šesto direktivo. Formalna statusna preoblikovanja, ki so namenjena spremembi pravnoorganizacijske oblike družbe in s tem statusnopravne ureditve, ki naj se odtlej uporablja za družbo, pa na ravni EU niso urejena, zato se normativne rešitve med posameznimi državami članicami zelo razlikujejo.⁷⁶ V pravni literaturi se je ocenjevalo, da sprejetja direktive na tem področju niti ni pričakovati.⁷⁷ Ureditev formalnih statusnih preoblikovanj v slovenskem in nemškem pravu,⁷⁸ pa tudi v Uredbi SE⁷⁹ temelji na načelu ohranjanja identitete, vendar pa vsi pravni redi ne dopuščajo preoblikovanj na tem temelju. Enake učinke dosegajo z uporabo drugih pravnih institutov, predvsem v povezavi s prenašanjem pravic, obveznosti in pravnih razmerij nosilca podjetja, ki se preoblikuje, po poti bodisi univerzalne (npr. Madžarska) bodisi singularne sukcesije, v povezavi z njegovim prenehanjem.⁸⁰ Četudi je bilo v zadevi *Cartesio* sprejeto stališče, da se od družb, ki stremijo k čezmejnemu prenosu statutarnega (in dejanskega) sedeža, praviloma ne sme zahtevati likvidacije v domači državi članici in ponovne ustanovitve v državi članici gostiteljici, je treba torej ob tem upoštevati, da nekatere države članice dopuščajo preoblikovanje družbe samo na tak način, da se ustanovi nova družba, na katero se potem prenesejo vsa sredstva in obveznosti do virov sredstev po poti univerzalnega pravnega nasledstva (npr. Nizozemska je tak sistem določala do leta 1992).⁸¹

75 Glej z *argumentum a contrario* sodbo v zadevi *SEVIC*, točki 22 in 23, in sodbo v zadevi *VALE*, točki 36 in 41. Glej tudi G. C. Van Eck, E. R. Roelofs, nav. delo, str. 322-323.

76 Več S. Prelič v M. Kocbek (redaktor), nav. delo, str. 837-859.

77 Prav tam, str. 836, kjer se sklicuje na Grünwald, Die gesellschaftsrechtlichen Umwandlungsrichtlinien in den Europäischen Union, zbornik Posch 1996, str. 41.

78 Več prav tam, str. 848-857.

79 Glej preoblikovanje obstoječe d.d. v SE (člen 37 Uredbe SE) in preoblikovanje SE v d.d. (člen 66 Uredbe SE).

80 S. Prelič v M. Kocbek (redaktor), nav. delo, str. 837.

81 T. Biermeyer, T. Holtrichter, glej opombo 18, kjer se sklicujeta na L. Verstappen, Rechtsopvolging onder algemene titel (1996), str. 42.

Madžarsko nacionalno pravo določa, da lahko družba nastane tudi s preoblikovanjem – s spremembo pravnoorganizacijske oblike, z združitvijo ali delitvijo.⁸² D.o.o. se npr. lahko preoblikuje v d.d., pri čemer s tako spremembo nastane nova pravna oseba, univerzalna pravna naslednica preoblikovane družbe, slednja pa v trenutku preoblikovanja izgubi svojo pravno sposobnost.⁸³ V skladu z nacionalnim pravom je prav tako dopustno, da družba prenese svoj sedež znotraj državnih meja in obenem spremeni pravnoorganizacijsko obliko (gre za eno operacijo).⁸⁴ V Avstriji je normativno urejeno preoblikovanje kapitalske družbe v drugo kapitalsko družbo po načelu ohranjanja identitete, sodišča pa na tem temelju prav tako dopuščajo preoblikovanje osebne družbe v drugo osebno družbo. Pri preoblikovanju osebne družbe v kapitalsko se podjetje osebne družbe kot stvarni vložek po poti singularne sukcesije vloži v (novo ali že obstoječo) kapitalsko družbo, osebna družba pa potem preneha brez likvidacije. Pri preoblikovanju kapitalske družbe v osebno pa premoženje kapitalske družbe preide po pravilih o univerzalnem pravnem nasledstvu (ki sicer veljajo za materialna statusna preoblikovanja) na novoustanovljeno osebno družbo, kapitalska družba pa preneha brez likvidacije. Razlog za razlikovanje med različnimi oblikami preoblikovanj je v splošni konceptualni zasnovi statusa družb – avstrijsko pravo namreč osebnim družbam ne priznava statusa pravne osebe. To pomeni, da osebne družbe niso nosilke pravic in obveznosti v pravnem prometu, temveč so to njihovi družbeniki. Zato je preoblikovanje kapitalske družbe v osebno, ne da bi se hkrati spremenil razpolagalni režim na premoženju družbe, neizvedljivo.⁸⁵

Na splošno pa danes večinoma vse države članice dopuščajo formalna statusna preoblikovanja domačih družb,⁸⁶ pri čemer ne zahtevajo likvidacije družbe in nato njene ponovne ustanovitve (torej se sledi temeljnemu načelu ohranjanja

82 A gazdasági társaságokról szóló 2006. évi IV. törvény, madžarski Zakon št. IV iz leta 2006 o gospodarskih družbah (madžarski ZGD). Delovna različica v angleškem jeziku je dostopna na naslednji spletni stani: <https://hirkozpont.magyarorszag.hu/srv/letolt?id=943058&lang=hu>. Glej tretji odstavek 3. člena.

83 Glej prvi odstavek 70. člena madžarskega ZGD in tretji odstavek 57. člena A cégnyilvánosságról, a bírósági cégeljárásról és a végelszámolásról szóló 2006. évi V. törvény – madžarski Zakon št. V iz leta 2006 o oglaševanju družb, sodnem postopku registracije družb in prostovoljni likvidaciji (madžarski zakon o registraciji družb). Delovna različica v angleškem jeziku je dostopna na naslednji spletni stani: <https://hirkozpont.magyarorszag.hu/srv/letolt?id=943203&lang=hu>. Slednji določa, da se v primeru spremembe pravnoorganizacijske oblike prijava za vpis v register vloži pri registrskem sodišču, pristojnem po sedežu pravnega prednika. Hkrati z vpisom spremembe pa se zahteva tudi izbris pravnega prednika. Generalni pravobranilec v zadevi *VALE* (glej opombo 67) ugotavlja, da se po madžarskem pravu sprememba pravnoorganizacijske oblike bolj kot preoblikovanje ene same pravne osebe razume kot univerzalno pravno nasledstvo med dvema pravnima osebamama, ki imata enako identiteto (glej opombo 15 v sklepnih predlogih generalnega pravobranilca).

84 Glej četrti odstavek 57. člena madžarskega zakona o registraciji družb. Generalni pravobranilec v zadevi *VALE* (glej opombo 67), točka 30.

85 Celoten odstavek je povzet po S. Prelič v M. Kocbek (redaktor), nav. delo, str. 839-840.

86 T. Biermeyer, nav. delo, str. 579.

identitete družbe), zaradi česar lahko družba kontinuirano posluje.⁸⁷ To pojasnjuje tudi stališče, ki ga je bilo zaslediti v pravni literaturi kot odgovor na sklepne predloge generalnega pravobranilca v zadevi *VALE* – avtor se zavzema, da bi bilo treba obravnavano transakcijo razumeti na tak način, da je šlo za kontinuiran obstoj družbe in ne za njeno novo ustanovitev, pri čemer bi bila ta tudi v nasprotju z odločitvijo Sodišča EU v zadevi *Cartesio*.⁸⁸ Po mnenju tega avtorja italijanska družba namreč kljub izbrisu v skladu z italijansko zakonodajo ni prenehala, zato pravzaprav ni prišlo do ponovne ustanovitve družbe na Madžarskem. Poleg tega bi lahko bili zaradi diskontinuitete pravnega nosilca pravic in obveznosti, ki čezmejno prenaša svoj statutarni sedež, prizadeti interesi manjšinskih družbenikov in tretjih (na primer imetnikov pravic na poslovnih deležih družbe), v nasprotju s tem pa načelo ohranjanja identitete družbe⁸⁹ zagotavlja nespremenjenost članske strukture in varstvo interesov tretjih oseb.⁹⁰ Vendar ob tem morebiti ni bila upoštevana specifična ureditev v madžarskem pravu, da so morda v zadevi *VALE* družbeniki italijanske družbe ustanovili novo družbo na Madžarskem z namenom, da nanjo prenesejo vso premoženje z univerzalnim pravnim nasledstvom. Na ta način bi ob upoštevanju določil države članice gostiteljice prenesli statutarni sedež italijanske družbe na Madžarsko, pri čemer ta prenos v skladu z madžarskim pravom ne bi temeljil na kontinuiteti ene pravne osebe, temveč je konstrukcija bolj kot formalnemu statusnemu preoblikovanju družbe po nemškem in slovenskem pravu (ter ureditvi v Uredbi SE) podobna čezmejni združitvi (kot je to ugotovil tudi generalni pravobranilec v zadevi *VALE*).⁹¹

Ob tem velja dodatno opozoriti, da je šlo v zadevi *VALE* še vedno zgolj za prenos statutarnega (in dejanskega) sedeža družbe, pri čemer se je namerava italijanska d.o.o. preoblikovati v madžarsko d.o.o., le da je bila izvedba transakcije prilagojena nacionalnemu pravu države članice gostiteljice. Ta položaj je treba razlikovati od primerov, ko bi šlo dejansko za čezmejni prenos statutarnega sedeža družbe ob hkratnem »pravem« formalnem statusnem preoblikovanju. Ko bi na primer italijanska d.o.o. nameravala prenesti svoj statutarni sedež na Madžarsko, obenem pa bi se želela preoblikovati v madžarsko d.d. menimo, da je tudi tovrstne

87 M. Szydło, nav. delo, str. 437.

88 C. Thiermann, str. 210.

89 Država Delaware je leta 1999 dopolnila svojo ureditev splošnega korporacijskega prava (General Corporate Law) z namenom, da bi se lahko družbe iz drugih zveznih držav ZDA ne le po poti združitve, temveč neposredno preoblikovale v družbo po pravu države Delaware. Ta transakcija pa ni smela vplivati na obveznosti obstoječe družbe, saj se je štel, da je preoblikovana družba ista družba (§ 265). A. Johnston, P. Syrpis, nav. delo, str. 398. Uzakonili so torej načelo ohranjanja identitete družbe, kot ga pri formalnih statusnih preoblikovanjih določata nemško in slovensko pravo. Države članice gostiteljice bi lahko uredile priselitev statutarnega sedeža na tak način, v nasprotnem primeru pa bi bilo sporno, če se domačim državam članicam ne bi dopuščale nikakršne omejitve čezmejnega preoblikovanja. Prav tam, str. 399-400.

90 C. Thiermann, str. 212.

91 Generalni pravobranilec v zadevi *VALE* (glej opombo 67), točka 35. Tako tudi T. Biermeyer, T. Holtrichter.

transakcije treba dopuščati na podlagi svobode ustanavljanja po pravu EU, in sicer v enem koraku, saj bi zahteve po (sprva) preoblikovanju v italijansko d.d. in šele nato dopustnem čezmejnem prenosu statutarnega sedeža in preoblikovanju v d.d. po pravu države članice gostiteljice,⁹² povzročale nepotrebne stroške.

Pomisleke za dopustnost take transakcije vzbujajo prepoved sočasnega čezmejnega prenosa sedeža družbe in preoblikovanja v SE (določbe tretjega odstavka člena 37 Uredbe SE). Nadalje dvom vsadi dejstvo, da je sodišče v zadevi *Cartesio* v primeru odsotnosti izrecne normativne ureditve čezmejnega prenosa sedeža v nacionalni pravni ureditvi napotilo na ureditev v Uredbi SE.⁹³ Kljub temu je treba sprejeti stališče, da je treba »prava« formalna statusna preoblikovanja družb ob sočasnem čezmejnem prenosu statutarnega sedeža družbe (t. im. *crossover operacije*) dopuščati, saj za tako omejitev svobode ustanavljanja ni videti tehtnega razloga. Ob tem pa se tudi vzbudi misel, ali ne bi morebiti kazalo na ravni EU prav tako uskladiti postopkov za čezmejna formalna statusna preoblikovanja družb.

D. SKLEP

Četudi je treba čezmejni prenos statutarnega (in dejanskega) sedeža družbe s preoblikovanjem te v pravnoorganizacijsko obliko družbe po pravu države članice gostiteljice dopuščati na podlagi določb PDEU, utegne praktično izvedbo tovrstnih prestrukturiranj spodbuditi šele v prihodnosti (po mnogih letih) morebiti sprejeta Štirinajsta direktiva. Ta bi lahko podala odgovor na vprašanje, ali naj države članice dopuščajo tudi čezmejni prenos zgolj statutarnega sedeža družbe in s tem omilila dosež teorije dejanskega sedeža. Vendar se bo zaradi moči držav članic, ki tradicionalno sprejemajo to teorijo, vprašanje verjetno še naprej reševalo v skladu z nacionalno zakonodajo držav članic.

Še pred sprejemom Štirinajste direktive oziroma ne glede na njen sprejem bi v državah članicah veljalo razmisliti o normativni ureditvi čezmejnega prenosa statutarnega sedeža družbe v drugo državo, pa tudi o ureditvi priselitve statutarnega sedeža družbe iz druge države,⁹⁴ morebiti po vzoru švicarske zakonodaje. Izrecna ureditev tovrstnih transakcij, ki bi temeljila na načelu ohranjanja identitete družbe, bi lahko poleg pravne varnosti za družbe zagotavljala tudi precejšnjo poenostavitev, pospešitev in pocenitev postopka čezmejne mobilnosti družb. Glede na potrebe poslovne prakse pa bi kazalo na ravni EU harmonizirati tudi *crossover operacije* – čezmejni prenos statutarnega sedeža družbe s preoblikovanjem v drugo pravnoorganizacijsko obliko družbe po pravu države članice gostiteljice – torej čezmejna formalna statusna preoblikovanja in morebiti vsa čezmejna prestrukturiranja skupaj urediti v enotni direktivi o čezmejni mobilnosti družb v EU.⁹⁵

92 V dveh korakih bi bilo cilj mogoče doseči tudi tako, da bi italijanska d.o.o. najprej prenesla svoj sedež na Madžarsko in se nato iz madžarske d.o.o. preoblikovala v madžarsko d.d.

93 Glej točko 120 sodbe v zadevi *Cartesio*.

94 Tudi J. Lau Hansen, nav. delo, str. 16.

95 Tudi J. Lau Hansen, nav. delo, str. 15, J. E. Antunes et al., nav. delo, str. 76.

Summary

THE TRANSFER OF THE COMPANY'S REGISTERED OFFICE

In the light of the relevant case law of The Court of Justice of the EU it is emphasized that the cross-border transfer of company's registered office (and its real seat) must be permitted in accordance with the Treaty on the Functioning of the EU. Nevertheless, the Fourteenth Company law Directive should be adopted for the reasons of legal certainty and it should determine, whether the transfer of the registered office (without transfer of company's real seat) to another Member State is admissible or not. Furthermore, the authors discuss the cross-border restructuring of the company, which in addition to relocation of the registered office also includes a change of its legal form. The Court of Justice of the EU has not yet decided on such cross-border restructuring, nevertheless it should be allowed based of the freedom of establishment (cross-border formal transformation).

Keywords: *freedom of establishment, company's real seat, company's registered office, cross-border transfer of the company's seat.*

Zusammenfassung

VERLEGUNG DES GESELLSCHAFTSSITZES

Was den Anziehungsgrad des Geschäftsklimas für Handelsgesellschaften angeht, weichen die Mitgliedstaaten in Punkten der Rechtsordnung, Gesellschafts- und Steuerrechts, Funktionalität und Geschäftsumgebung stark von einander ab. Dabei soll die unterschiedliche Rechtssicherheit und Effizienz von Gerichts- und Verwaltungsverfahren, was auch zum Ansehen eines Staates beiträgt, berücksichtigt werden. Qualifiziertes innovationsfreudiges und leistungsstarkes Personal, Arbeitskosten, Marktgröße sowie die Infrastruktur vom Standpunkt der Geschäftslogistik stellen gleichfalls bedeutende Umstände dar. Grenzüberschreitende Mobilität drängt sich heute als die Voraussetzung für den geschäftlichen Erfolg von Handelsgesellschaften auf und bedingt geradezu ihr Überleben auf dem Markt. Der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) gewährleistet den Handelsgesellschaften die Niederlassungsfreiheit, die, laut Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union, sowohl grenzüberschreitende Zusammenschlüsse, als auch Verlegung des registrierten und tatsächlichen Sitzes umfasst. Außerdem kann eine Veränderung der Rechtsform einer Gesellschaft vorgenommen werden, d.h. die Gesellschaftsform in dem Staat in welchem die Gesellschaft gegründet wurde, wird im Staat der Niederlassung gemäß dortigen Gesetzen geändert. Dadurch bekommen Handelsgesellschaften neben der supranationalen Rechtsform der Europäischen Aktiengesellschaft (*Societas*

Europaea - SE), weitere Mechanismen zum Zweck der Vereinfachung, Kürzung und Preissenkung grenzüberschreitender Restrukturierung.

Schlüsselwörter: *Niederlassungsfreiheit, tatsächlicher Sitz einer Gesellschaft, registrierter Sitz, grenzüberschreitende Verlegung des Gesellschaftssitzes.*

Riassunto

TRASFERIMENTO TRANSFRONTALIERO DELLA SEDE DELLA SOCIETÀ COMMERCIALE

In ragione del maggiore o minore interesse delle società commerciali ad operare in un determinato paese, gli stati si distinguono tra loro quanto al grado di sviluppo della disciplina giuridica, in specie quella inerente il diritto societario e tributario, come pure delle funzionalità negli affari. Ciò include un certo grado di certezza giuridica e di efficienza nei procedimenti giudiziari ed amministrativi, il che influisce sul prestigio di un determinato stato. Altre circostanze rilevanti sono altresì rappresentate dalla presenza di manodopera qualificata, dal grado di innovazione ed efficienza, dal costo del lavoro, dall'ampiezza del mercato, come pure dall'organizzazione delle infrastrutture da un punto di vista della logistica negli affari. La mobilità transfrontaliera appare al giorno d'oggi come un presupposto necessario per il successo negli affari delle società commerciali, come anche una condizione per la loro permanenza sul mercato. Il Trattato di funzionamento dell'UE (TFUE) dà alle società commerciali la libertà di insediamento, la quale conformemente alla giurisprudenza della Corte europea, oltre alla fusione transfrontaliera, include anche il trasferimento della sede registrata e di quella reale della società. Ancora, viene consentita la trasformazione societaria transfrontaliera, ovvero la modifica della forma giuridica della società nella quale tale società opera nello stato membro di costituzione in un'altra forma giuridica conformemente al diritto dello stato membro in cui si insedia. In questo modo si garantiscono alle società commerciali, oltre alla forma sopranazionale della *Societas Europaea* – SE, anche i meccanismi mediante i quali si semplificano, abbreviano e si rendono più economici i procedimenti di ristrutturazione transfrontaliera.

Parole chiave: *mobilità transfrontaliera, trasferimento della sede della società commerciale, Unione europea.*